

A.I. Nº - 269610.0009/04-6
AUTUADO - ALIMAR COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SA OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ IRECE
INTERNET - 19/04/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0121-03/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. [ÁLCOOL HIDRATADO. ÓLEO DIESEL. GASOLINA]. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. 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. Refeito o levantamento fiscal, reduziu-se o débito originalmente apurado. **b)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Diligencia fiscal refez o levantamento fiscal, reduziu-se o débito originalmente apurado. Infrações parcialmente caracterizadas. **c)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/04, exige imposto no valor de R\$69.100,27 acrescido de multas de 60% e 70%, além de multa pelo descumprimento de obrigações acessórias de R\$50,00 relativo as seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e conseqüentemente, 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 fechado, no valor de R\$5.216,98 (Álcool: 2001, 2002 e 2003);
02. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, no valor de R\$1.653,26 (Álcool: 2001, 2002 e 2003);
03. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado

mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, no valor de R\$1.140,93 (Álcool: 01/01/04 a 02/08/04);

04. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, no valor de R\$361,56 (Álcool: 01/01/04 a 02/08/04);

05. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e conseqüentemente, 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 fechado, no valor de R\$8.876,11 (Diesel: 2001, 2002 e 2003);

06. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, no valor de R\$3.091,02 (Diesel: 2001, 2002 e 2003);

07. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e conseqüentemente, 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 fechado, no valor de R\$27.995,08 (Gasolina: 2001, 2002 e 2003);

08. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, no valor de R\$20.765,33 (Gasolina: 2001, 2002 e 2003);

09. Operação de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto, com aplicação de multa de caráter acessório com valor de R\$50,00 (Diesel: 01/01/04 a 02/08/04).

O autuado, na defesa apresentada às fls. 152 a 153, alega que o autuante não considerou no levantamento quantitativo de estoque as aferições ocorridas diariamente, bem como as evaporações de translados e evaporações diárias do produto em estoque registradas no livro LMC nos exercícios de 2001 a 2004.

Esclarece que o posto possui seis bicos, sendo um de álcool, três de gasolina e dois de diesel e que diariamente efetuava aferições em média de 20 (vinte) litros por bico, consoante o disposto na Portaria nº 26/1992 do Departamento Nacional de Combustível (DNC).

Afirma que no levantamento quantitativo não foi computada a entrada de 10.000 litros de gasolina relativa à nota fiscal de nº 117 do Posto S.A.M Comércio Ltda., o que alterou o seu resultado.

Diz que junta ao PAF diversas fichas do LMC, por amostragem, e afirma que os livros estão à disposição do fisco para averiguação, assim como a cópia da nota fiscal não considerada pelo autuante.

Por fim, requer revisão fiscal para corrigir os erros identificados na autuação.

O autuante presta Informação Fiscal (fls. 418 a 420), discorre sobre os argumentos apresentados na defesa e diz que o autuado não apontou qualquer procedimento que não estivesse fundamentado em lei.

Afirma que o autuado declarou que fazia aferições diárias em todos os bicos e juntou como prova as folhas do LMC emitidas por meio eletrônico que no seu entendimento, não tem nenhum valor como prova, assim como as próprias declarações. Diz que o fato de que o DNC exigir aferições diárias não quer dizer que o autuado tenha feito e que o mesmo deveria ter emitido a nota fiscal de saída sempre que fosse feita uma aferição, que na prática é feito semestralmente.

Diz que a nota fiscal de nº 117 relativa a entrada de gasolina não pode ser acatada, tendo em vista que foi emitida por outro posto de gasolina e que tal procedimento é vedado pela legislação do DNC e do RICMS/97, tendo como objetivo evitar a movimentação apenas escritural desta mercadoria, principalmente entre postos do mesmo dono.

Finaliza mantendo o lançamento integralmente.

Esta JJF converteu o processo em diligência a ASTEC/CONSEF (fl. 427), para que fosse intimado o autuado para apresentar um demonstrativo das aferições devidamente escrituradas no LMC e após a sua conferência, refizesse os demonstrativos elaborados pelo autuante.

O diligente, no parecer ASTEC 082/05, informou que não tendo o autuado cumprido a intimação feita com base no que foi determinado, procedeu ao levantamento das aferições conforme demonstrativo juntado à fl. 434 e refez os demonstrativos elaborados pelo autuante, incluindo as quantidades não computadas no demonstrativo original, de acordo como o demonstrativo acostado à fl. 433, o que resultou num débito de R\$11.231,46.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência, manifestou-se às fls. 441 e 442 e disse que mesmo que tenha sido atendido quanto as aferições não computadas pelo autuante, mas que o autuante no seu levantamento apurou no exercício de 2003, entradas de 300.000 litros de gasolina e 980.000 litros de diesel, quando o correto seria de 315.000 e 1.000.000 de litros respectivamente, conforme demonstrativo juntado às fls. 443 a 445, com base nos registros no LMC.

Afirma que as pequenas diferenças encontradas se deve a dilatação e evaporação, cujas variações são previstas em portaria da ANP e que estão registradas no LMC e não foram consideradas no levantamento fiscal.

O autuante manifestou-se às fls. 456 a 458 e disse que não se opõe às planilhas elaboradas pelo diligente, mas que não se pode considerar os lançamentos aleatórios de aferições diárias de 20 litros registradas no LMC eletrônico, de forma programática, sem que tenha sido emitida nota fiscal correspondente. Alega que o fato do DNC exigir aferições diárias não implica que o posto de combustível tenha cumprido esta determinação, tendo em vista que na prática são feitas semestralmente. Conclui dizendo que o programa de computador utilizado para escriturar o LMC, faz a inclusão diária de 20 litros de aferições, sem que tenha acontecido de fato.

Quanto às quantidades não computadas no levantamento relativo a nota fiscal de nº 117 (fl. 155), diz que é inidônea tendo em vista que se trata de transferência de gasolina entre postos de combustíveis, o que é vedado pelo DNC e também na regulamentação do ICMS.

Finaliza dizendo que mantém a autuação em todos os seus termos, ressaltando que não pode considerar a utilização de quantidades declaradas e não comprovadas de aferições. Saliencia que o autuado recusou-se a exibir documentos solicitados pelo diligente e que por analogia do art. 359 do Código de Processo Civil (CPC), devem ser admitidos como verdadeiros os fatos que a parte pretendia provar, mas que não foi feito a sua exibição.

VOTO

O Auto de Infração aponta como acusação a falta de recolhimento do imposto, relativo a omissões de saídas e omissões de entradas, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal e conseqüentemente, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, por falta de emissão de documento fiscal relativo a operações com mercadorias cujo imposto já foi antecipado.

Na sua impugnação, o autuado alegou que o autuante não considerou no levantamento quantitativo, as aferições e evaporações dos produtos registradas no livro LMC. Quanto às aferições, diligência fiscal realizada pela ASTEC, incluiu no levantamento fiscal as quantidades devidamente registradas no livro LMC, conforme demonstrativo juntado à fl. 434. O autuante contestou a inclusão das aferições no seu levantamento, sob o argumento de que as aferições escrituradas não são reais. Verifico que o diligente incluiu as aferições efetivamente registradas no livro LMC, conforme previsto na Portaria 26/92 da ANP, o que considero correto.

Em relação à alegação defensiva de que não foram consideradas as evaporações, ressalto que o levantamento fiscal apurou omissão de entrada de mercadorias, e a escrituração das perdas por evaporação devem ser feitas deduzindo das quantidades apuradas nas entradas ou somando às saídas, o que, em ambos procedimentos, resulta em aumento da omissão de entrada, sendo por isso desfavorável ao contribuinte. Como não foi computada no levantamento fiscal, deixo de considerar tal alegação.

Quanto à alegação defensiva de que não foi computada a entrada de 10.000 litros de gasolina relativa à nota fiscal de nº 117, verifico que conforme cópia juntada à fl. 155, a mesma foi emitida pelo Posto Visão, localizado no mesmo município do estabelecimento autuado. Observo que embora a legislação que regulamenta a comercialização de combustíveis não admita venda entre postos de combustíveis, mas em se tratando de contribuinte regularmente inscrito, acato a entrada da quantidade de 10.000 litros de Gasolina consignadas na mencionada nota fiscal, tendo em vista que a mercadoria foi adquirida com a respectiva nota fiscal. Não há que se falar em aquisição de mercadoria acompanhada de documentação fiscal inidônea, tendo haja vista que a mesma preenche todos os requisitos formais. O entendimento de que deve ser considerado as quantidades no levantamento quantitativo relativo a mercadorias adquiridas, mesmo acompanhada de notas fiscais emitidas por contribuinte em situação irregular, desde que se refira a uma entrada real da mercadoria no estabelecimento, é prevalente nas decisões deste CONSEF, conforme Acórdãos CJF 086-11/04; CJF 087-11/04 e CJF 225-11/05. Ressalto que, caso a citada nota fiscal não tivesse sido registrada nos livros fiscais próprios do contribuinte, deveria ter sido tipificada a infração específica

Assim, considerando a entrada de 10.000 litros de Gasolina, através das Notas Fiscais nºs 117 (fl. 155), tomando como base o demonstrativo juntado pelo diligente à fl. 450, ainda restará para tal produto a diferença de entrada de 1.913,40 litros, e a composição do débito relativo aos itens 3 da infração 7 e 8 será:

OM. ENTRADA	PREÇO R\$	MVA	PREÇO/MVA	ALIQ.	BASE CÁLCULO	ICMS NORMAL	ICMS ST
1.913,40 Lt.	1,7372	60,03%	2,7800	27%	3.323,96	897,47	538,75

No que se refere à alegação feita pelo autuado, após tomar conhecimento do resultado da diligência, de que o autuante apurou no exercício de 2003, entradas de 300.000 litros de gasolina quando o correto no seu entendimento era de 315.000 litros e 980.000 litros de diesel, quando o correto seria de 1.000.000 de litros, ressalto que nos termos do art. 123, § 1º do RPAF/BA, é assegurado ao sujeito passivo, o direito de fazer a impugnação do lançamento, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos e demonstrativos referentes à suas alegações relativos a matéria relacionada que constitua o objeto da lide, de uma só vez. Na situação presente, esta alegação não foi feita na defesa inicial.

No entanto, pelo confronto do demonstrativo juntado pelo autuado às fls. 443 a 445, após tomar conhecimento do resultado da diligência, com o que foi elaborado pelo autuante (fls. 17 e 18), verifico que a diferença de 20.000 litros de diesel, refere-se à nota fiscal de nº 692457 de 30/12/03 e de 10.000 litros de gasolina relativo a nota fiscal nº 117 de 06/08/03 e 5.000 litros pela nota fiscal de nº 692454 de 30/12/03. Em relação às quantidades consignadas na nota fiscal 117, conforme anteriormente apreciado, foi acatada.

Relativamente às notas fiscais de nºs. 692457 e 692454, constato que as mesmas foram emitidas no penúltimo dia do exercício e foram relacionadas no demonstrativo à fl. 19, com data de entrada em 01/01/04, conforme cópia do livro de Registro de Entrada de Mercadorias juntado à fl. 131, restando provado a entrada efetiva e sua escrituração no exercício de 2004, motivo pelo qual não acato a pretensão defensiva.

Face ao exposto, acato parcialmente o demonstrativo de débito elaborado pelo diligente da ASTEC (fl. 432), com o refazimento dos cálculos relativos às infrações 7 e 8, e considero devido o valor de R\$3.675,34, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de R\$50,00.

Infração	Data da Ocorr.	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa Fixa	Valor do Débito
1	31/12/03	09/01/04	29,36	25,00		7,34
2	31/12/03	09/01/04	9,32	25,00		2,33
5	31/12/03	09/01/04	6.975,76	25,00		1.743,94
6	31/12/03	09/01/04	1.942,04	25,00		485,51
7	31/12/03	09/01/04	3.589,88	25,00		897,47
8	31/12/03	09/01/04	1.995,37	27,00		538,75
9	02/08/04	09/09/04			50,00	
TOTAL					50,00	3.675,34

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 **269610.0009/04-6** lavrado contra **ALIMAR COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.675,34**, acrescido das multas de 70% sobre R\$2.648,75 e 60% sobre R\$1.026,59 previstas no art. 42, III e II, “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multa de **R\$50,00** prevista no art. 42, XXII da citada Lei.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEA OLIVA - JULGADOR