

A. I. Nº - 206902.0011/06-5  
AUTUADO - VALDEMIR GONÇALVES DOS SANTOS  
AUTUANTE - JOSÉ NELSON DOS SANTOS  
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO  
INTERNET - 28.12.06

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0421-02/06**

**EMENTA: ICMS.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação na aquisição da mercadoria em questão. Abatido o crédito da operação. Infrações caracterizadas. Preliminar de nulidade não acatada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2006, exige ICMS de R\$ 8.137,32 em decorrência das seguintes constatações a:

01. Falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 5.839,16 e aplicada multa de 70%.
02. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entrada como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 2.222,92 e aplicada multa de 70% .
03. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da

Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 75,24 e aplicada a multa de 60%.

O autuado, na defesa apresentada, fls. 37 a 40, preliminarmente, diz que é sabido que o imposto ICMS sobre combustíveis e seus derivados de petróleo, entre eles, o gás GLP de 13 kg, são retidos na fonte, determinam assim as legislações federal, estadual, protocolos e convênios que regulam o mercado nacional, não tendo mais incidência do fato gerado, pois, os cálculos dos tributos estão inclusos nos preços do consumidor.

Aduz ainda como preliminar que reina na tributação do ICMS o princípio constitucional, cabendo a autoridade fiscalizadora conhecer da legislação que regulamenta a matéria, fazer uso dos direitos para assegurar a eficácia da não tributação, afirmando que no presente caso houve bi-tributação, e que adiante comprovará.

Invoca o autuado antes de entrar no mérito da defesa, as legislações que regulamentam as saídas (vendas) de gás e embalagens (vasilhames).

*“ICMS retido na Petrobras, art. 507, anexo IV, Decreto 19.714/2003.*

*VASILHAME - Isento do ICMS, art. 19, incisos I e II, letra “a”, Decreto 6.284/1997”.*

Aduzindo que o que o legislador faz, o interprete não pode desfazer. Afirmando que no presente caso, se muito, caberia uma penalidade, nunca uma bi-tributação, diz ser esse o entendimento da lei.

No tocante aos levantamentos quantitativos dos exercícios de 2005 e 2006, o autuado diz que ao examinar sua documentação fiscal de entradas e de saídas constatou que não houve diferenças de quantitativos, nem nas entradas e nem nas saídas.

Afirma que através de confronto pelas compras, notas fiscais recebidas da distribuidora, levantou as notas fiscais de saídas mês a mês e que todo o seu movimento fechou as entradas e as saídas, e que o saldo do inventário em 31/12/2005 é existente, anexando aos autos, fls. 41 a 49, seus demonstrativos.

Em relação às entradas com notas fiscais e entradas por troca, diz que levantou as entradas com nota fiscal e verificou que as quantidades de remessa e retorno – troca e destroca, fecham. Afirma que as entradas com nota fiscal soma 11.695 unidades e nas entradas por troca 11.515 unidades, o que se aproxima da quantidade das remessas para a fábrica e o retorno para revendedora, consoante DOCs 05 e 06, fls. 51 e 52, os quais se referem às cópias do demonstrativo de apuração da base cálculo elaborado pelo autuante, fl. 07, apenas com as quantidades supra aludidas circundadas com traços em vermelho.

Quanto às saídas com notas fiscais assevera que seu levantamento, também não fora encontrado a soma das saídas por espécie de 21.885 unidades de vasilhames, como consta no demonstrativo do autuante, fl. 07, indicado como sendo saídas com notas fiscais. Por isso, considera o levantamento elaborado pela fiscalização atípico, irregular. Indica através do DOC. 7, fl. 53, onde consta cópia do demonstrativo do autuante, fl. 07, apenas com o referido valor circundado por traço vermelho.

Inconformado com o levantamento realizado pela fiscalização autorizou ao seu contador para que indagasse ao autuante a respeito da origem das infrações 01 e 02, tendo em vista tratar-se de vasilhames, bens integrantes de seu ativo imobilizado.

Ressalta que quando negociou com o distribuidor a revenda de água mineral e de gás, não foi possível fazer comodato ou caucionamento dos vasilhames, em quantidade adequada para o atendimento aos consumidores em manutenção de um estoque mínimo no depósito. Por isso, fez contato com o revendedor da Butano, fechando com ele, um comodato de setecentos vasilhames

GLP de 13 kg que se encontram sob sua guarda, além de 11 cilindros de 45 kg, colacionando aos autos as cópias dos referidos comodatos, fls. 56 a 57.

Afirma ainda não justificar a cobrança do gás ou do botijão como saídas, no dizer do autuante, que não tem prova da emissão de notas fiscais das referidas unidades. Acrescenta aduzindo que o levantamento elaborado pela fiscalização é incorreto, não tem tipicidade e os artigos apontados no enquadramento legal não se revelam como fenômenos enquadrados na legislação fiscal.

Conclui solicitando que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Requerendo, também, diligência fiscal para que sejam comprovadas as saídas de 21.868 unidades de botijões registrados pela fiscalização e consignados no demonstrativo de “Apuração da base de Cálculo”

O autuante em sua informação fiscal prestada às fls. 61 a 64, afirma que os dados constantes dos levantamentos de entradas e saídas – Demonstrativos 01, 02 e 03, fls. 07 a 21, foram todos colhidos dos documentos fiscais apresentados pelo autuado – notas fiscais de entradas e de saídas e do livro de Registro de Inventário, cópias ás fls. 22 a 30.

Enfatiza não constar lançamentos dos quantitativos de vasilhame vazios nos dias 31 de dezembro dos exercícios fiscalizados, o que é exigível, consoante determinação do inciso II do § 2º do art. 330 do RICMS-BA/97, por se tratar de material de embalagem e acondicionamento.

No que se refere a isenção para as operações com vasilhames, diz que ela abrange além das operações com destrocas de botijões, o que não é o caso, visto que não houve nota fiscal alguma emitida pelo autuado para nenhum centro de destroca, consoante art. 514 do RICMS-BA/97, comprehende, também, as saídas de vasilhames, tanto na remessa, quanto em retorno, de acordo com os incisos I e II do art. 19 do RICMS-BA/97.

Assevera que as quantidades apuradas nos itens 01 e 02 do Auto de infração nos levantamentos dos exercícios de 2005 e 2006, em relação a vasilhames, como saídas sem emissão de notas fiscais, sendo o autuado incapaz de comprovar qual o destino, destinatário, endereço e identificações físicas ou jurídicas, a força probante e acusativa permanece a favor do fisco.

Aduz ainda o autuante que entende por ser o acessório indispensável ao produto, adquire a mesma natureza mercantil deste, ou seja, trata-se de mercadorias, cujas saídas no varejo ocorreram sem a emissão de nota fiscal, não tendo sido paga a antecipação, o ICMS incidente sobre tais operações tributáveis.

Assegura que através do levantamento quantitativo, também restou comprovado que em 2005 ocorreram entradas sem notas fiscais de 180 garrafões de água mineral, tendo sido exigido do autuado o ICMS devido por antecipação tributária, por se tratar de mercadoria (água mineral e não garrafa vazia), relacionada nos anexos 69 e 88 do RICMS-BA/97.

Por fim, conclui mantendo integralmente a ação fiscal.

## VOTO

Mesmo apresentadas de forma difusa e sem muita clareza de objetivo, deixo acatar as preliminares suscitadas pelo autuado, tendo em vista que os pontos abordados não condizem com a realidade dos fatos apurados no presente Auto de Infração, eis que não se está exigindo sobre GLP e sim sobre os vasilhames, cuja omissão de saídas, fora apurada através de levantamento quantitativo de estoques, e não está amparada pela isenção preconizada pelo art. 19 do RICMS-BA/97.

Não acolho também o pedido de revisão fiscal apresentado pela defesa para comprovar a saídas das 21.868 unidades de saídas de botijões com notas fiscais apuradas pelo autuante em seu demonstrativo de apuração das omissões, no exercício de 2005, fl. 07, tendo em vista que nos autos já se encontram discriminadas no levantamento de saídas, fls. 10 a 21, todas as notas fiscais

de saídas que resultaram nesse montante. Ademais, convém frisar tratar-se de documentação fiscal emitida pelo próprio autuado que teve oportunidade para apontar eventuais inconsistências ou equívocos e não fizera por ocasião de sua defesa.

Quanto ao mérito verifico que o autuado não impugnou a infração 03, portanto, não existe lide sobre essa infração, fica mantida a exigência fiscal.

No que se referem às infrações 01 e 02 que decorrem de apuração de omissões através de levantamento quantitativo de estoques de vasilhame de GLP de 13 kg, tendo sido constado omissão de saídas de 1.216 unidades no exercício de 2005 e omissão de entradas de 467 unidades no exercício de 2006. Resultando na cobrança do imposto de R\$ 5.788,16 no exercício de 2005 e de R\$ 2.222,92, no exercício de 2006.

Em sua defesa, o autuado se insurge, precipuamente, em relação às saídas com notas fiscais apuradas pelo autuante para o exercício de 2005 que totalizaram 21.885 unidades, apresentando como argumento seu levantamento, colacionando aos autos, fls. 43 a 47, cujas saídas atingem 11.586, entretanto não especifica e nem discrimina a origem das quantidades atribuídas mês a mês.

Da análise das peças que integram os presentes autos, constato estarem devidamente discriminadas a documentação que deu origem as quantidades atribuídas pelo autuante em seu demonstrativo de Apuração da Base Cálculo, eis que, constam, individualizadamente, e por período, nos levantamentos de entradas e de saídas, fls. 08 a 21, bem como, nas cópias do livro Registro de Inventários, fls. 22 a 30. Do mesmo modo estão discriminados os vasilhames recebidos em troca pelas vendas nos respectivos levantamentos, às fls. 31 a 34.

Em sua peça defensiva o autuado, mesmo de posse dos levantamentos elaborados pela fiscalização e de sua própria documentação fiscal não apresentou inconsistência ou equívoco algum detectado nos referidos demonstrativos.

Observo que não tem amparo legal a alegação do autuado, quando sugere que as operações com vasilhame são isentas à luz do RICMS-BA/97, eis que, o art. 19 é bem claro ao definir as condições para vigorar a isenção, as quais, nenhuma delas coincide com o caso presente.

Por isso, mantenho integralmente as infrações 01 e 02.

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou comprovado o cometimento, por parte do autuado, das infrações que lhe foram imputadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206902.0011/06-5, lavrado contra **VALDEMIR GONÇALVES DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 8.137,32, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 8.062,08, e 60% sobre R\$ 75,24, previstas no art. 42, incisos III, e II, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR