

A. I. N° - 206987.0254/07-1
AUTUADO - SILVAPEDREIRA COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - BOAVENTURA MASCARENHAS LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 20.11.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0341-04/07

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Infração caracterizada. b) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Provada documentalmente a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). Retificado o levantamento fiscal, o que reduziu o valor do imposto exigido. c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (COMBUSTÍVEIS). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. A empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Em decorrência da retificação no levantamento fiscal, o valor exigido foi diminuído. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Infração comprovada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. b) MATERIAIS DE CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infrações comprovadas. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 01/05/2007, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$ 27.428,65, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante

levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado. (Valor da multa fixa aplicada: R\$ 200,00).

2. Falta de recolhimento do imposto, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado. (Valor histórico: R\$ 12.352,89; percentual da multa aplicada: 70%).
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. (Valor histórico: R\$ 70,03; percentual da multa aplicada: 60%).
4. Falta de recolhimento do 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, deduzida parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. (Valor histórico: R\$ 4.218,48; percentual da multa aplicada: 60%).
5. Deixou de efetuar o 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 no anexo 88 do RICMS/97. (Valor histórico: R\$ 3.576,67; percentual da multa aplicada: 60%).
6. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. (Valor histórico: R\$ 337,30; percentual da multa aplicada: 60%).
7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. (Valor histórico: R\$ 6.673,28; percentual da multa aplicada: 60%).

O autuado, através de representante legal, ingressa com defesa às fls. 322 a 328, apresentando as seguintes alegações:

Inicialmente, quanto às infrações 02 e 03, alega que não foi considerada a nota fiscal de nº 027926 de 14/09/2002, no valor de R\$ 7.065, referente à aquisição de 4.500 litros de gasolina C, razão pela qual solicita revisão do lançamento com a inclusão da referida nota.

Com relação à infração 04, assevera que a medição realizada no momento da fiscalização apresenta evidentes vícios, ressaltando que o autuante fora alertado por preposto da empresa acerca do defeito do instrumento de aferição do volume de combustível contido no reservatório, bem assim que o autuante, equivocadamente, incluiu na aferição o volume relativo à reserva de lastro, o qual deve ser reduzido do volume total.

A respeito da questão, informa ter adquirido nova régua de medição, conforme documento anexo, sendo que, com a utilização do referido instrumento, chega-se a uma medição consonante com o Livro de Movimentação de Combustível (LMC).

Concernente à infração 05, argumenta, com base nas notas fiscais de nºs 5162 e 4896, que as mercadorias não são provenientes de outras unidades da Federação, sendo o remetente de Jequié, Estado da Bahia, tendo havido a circulação da mercadoria dentro do Estado nas etapas seguintes sem tributação, salientando que não pode ser responsabilizado pela averiguação da regularidade dos registros de seus fornecedores, função que caberia à Secretaria da Fazenda.

Por fim, quanto à infração 07, declara que adquiriu as mercadorias com boa-fé, sem ter ciência de que o veículo tinha sido faturado no Estado de São Paulo, tendo em vista que a fabricante Rio-Bahia informara que o referido bem seria faturado na Bahia.

O autuante presta informação fiscal às fls. 332 a 335, nos seguintes termos:

Primeiramente, a respeito da nota fiscal de nº 027986, reconhece que a mesma não foi considerada no levantamento, apresentando com a sua inclusão, novos demonstrativos para as duas primeiras infrações, apontando como valores corrigidos, respectivamente, R\$ 250,00 e R\$ 11.394,79.

Relativamente a infração 04, declara que, no ato da aferição, o preposto do autuado nada mencionou acerca do defeito na régua, bem como, com referência à reserva do lastro, explica que o valor do estoque no tanque verifica-se através da conversão no nº verificado onde está o nível de combustível marcado na régua, utilizando-se uma tabela de equivalência, conforme anotações no documento assinado pelo preposto da empresa. Assim, mantém integralmente a infração.

Concernente à infração 05, embora admita ter se equivocado ao ter descrito que as mercadorias tinham sido adquiridas de outras unidades da Federação, argumenta que no 2º parágrafo há a descrição clara do cometimento da infração não acarretando prejuízos à defesa do autuado.

Ademais, assinala, com fundamento no art. 353, I, do RICMS/BA, que nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária por antecipação, a responsabilidade tributária pelo lançamento e recolhimento do imposto é do alienante, salvo o caso de já tê-las recebido com o imposto antecipado.

Informa que, com base no SIDAT em 16/09/2002, o contribuinte em referência foi intimado para cancelamento, tendo sua inscrição estadual cancelada em 23/10/2002, devendo, assim, com fundamento no art. 209, VII, “b”, do RICMS/BA, serem considerados inidôneos os documentos fiscais citados a partir da data de intimação acima, e que, inexistindo prova do pagamento do ICMS por substituição, não podem ser tidas como desoneradas de tributação as operações internas, ficando o autuado solidariamente responsável nos termos do art. 39, V, do RICMS/BA.

Por derradeiro, sustenta a procedência do item 07 da autuação, afirmando que o veículo fora faturado no Estado de São Paulo, segundo declara o próprio autuado e atesta a nota fiscal em anexo, sendo devida a diferença de alíquota.

Ante o exposto, apresenta os demonstrativos de débito referentes à autuação, com alterações apenas para as infrações 01, 02 e 04, conforme verifica-se abaixo:

Infração 01 – 04.05.03

DATA DA OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA (%)	MULTA FIXA	VALOR HISTÓRICO	VALOR EM REAL
31/12/2002	09/01/2003	0,00	0,00	50,00	50,00	50,00
31/12/2003	09/01/2004	0,00	0,00	50,00	50,00	50,00
31/12/2004	09/01/2005	0,00	0,00	50,00	50,00	50,00
31/12/2005	09/01/2006	0,00	0,00	50,00	50,00	50,00
31/12/2006	09/01/2007	0,00	0,00	50,00	50,00	50,00
TOTAL						R\$ 250,00

Infração 02 – 04.05.08

DATA DA OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA (%)	MULTA FIXA	VALOR HISTÓRICO	VALOR EM REAL
31/12/2004	09/01/2005	15.643,41	17,00	70,00	2.659,38	2.656,38
18/01/2007	09/02/2007	6.561,17	17,00	70,00	1.115,40	1.115,40
31/12/2002	09/01/2003	30.994,53	17,00	70,00	5.269,07	5.269,07
31/12/2003	09/01/2004	13.846,70	17,00	70,00	2.353,94	2.353,94
TOTAL						R\$11.394,79

Infração 04 – 04.05.09

DATA DA OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA (%)	MULTA FIXA	VALOR HISTÓRICO	VALOR EM REAL
18/01/2007	09/02/2007	2.850,64	17,00	60,00	484,61	484,61

31/12/2002	09/01/2003	10.404,82	17,00	60,00	1.768,82	1.768,82
31/12/2003	09/01/2004	2.762,64	17,00	60,00	469,95	469,95
31/12/2004	09/01/2005	3.663,64	17,00	60,00	622,82	622,82
TOTAL						R\$ 3.345,90

O autuado, através de advogado, se manifesta às fls. 343 a 350, com base nas razões abaixo:

Inicialmente, com relação às infrações 01 e 03, admite os créditos tributários, requerendo seus desmembramentos para fins de parcelamento.

A respeito da infração 02, impugna o valor apontado pelo autuante no novo demonstrativo relativamente ao exercício de 2002, solicitando a retificação para R\$ 29.547,76.

No que tange à infração 04, ressaltando que a fiscalização foi efetuada justamente no interregno para substituição do instrumento de medição e que o autuante foi “veementemente” da ineficácia do mesmo, declara que, em razão do quanto explicado, não se surpreendeu com os resultados. Ainda nessa seara, contesta o fato da regra aferidora ter sido o único instrumento utilizado, requerendo a realização de perícia para verificação da régua marca “meter” data modelo RN4, bem como a ouvida de testemunhas.

A respeito da infração 05, argumenta que, considerando que o combustível foi adquirido junto a fornecedor do Estado da Bahia, cabe a este realizar a antecipação tributária caso tenha adquirido o produto de outra unidade da Federação, ressaltando que, em se tratando de operação interna de circulação de combustíveis, cabe à refinaria fazer a retenção do imposto por antecipação tributária ou à distribuidora.

Por último, requer o desmembramento do débito relativo à infração 06 e a inclusão do crédito referente à infração 07 no parcelamento.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99.

Verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário das infrações imputadas.

No mérito, o sujeito passivo, inicialmente, reconheceu o cometimento das infrações 01, 03, e 06, ao tempo em que requereu parcelamento dos valores nelas exigidos, sendo que, em sua última manifestação, requereu a inclusão da infração 07 no pedido de parcelamento.

A infração 02 decorreu da falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2002, 2003, 2004 e no período de 01/01/2007 a 18/01/2007.

Na infração 04, que se relaciona com a infração 02, em consequência de a empresa ter adquirido combustíveis sem documentos fiscais, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme a previsão do art. 512-A do RICMS.

Observo que o levantamento fiscal está lastreado em documentos e livros fiscais fornecidos pelo autuado, conforme demonstrativos acostados aos autos, além de fotocópias de notas fiscais, e do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), fls. 62 a 320 do PAF.

O contribuinte em sua peça de defesa afirmou que não foi levado em conta a nota fiscal de aquisição 027986, de 14/09/2002, no valor de R\$ 7.065,00, referente a aquisição de 4.500 litros de gasolina C, fato acatado pelo autuante que a incluiu no levantamento fiscal e reduziu a base de cálculo para R\$ 30.994,52 e o valor do ICMS para R\$ 5.269,07, ao que o patrono da empresa autuada requereu a retificação da base de cálculo para R\$ 29.547,76, após a exclusão da mencionada nota fiscal.

Constato que o levantamento de fl. 22, que originariamente registrou a omissão de entrada de 1.976,20 litros de gasolina, no valor de R\$ 3.537,40, cujas entradas somam 239.700, litros, deve ficar retificado com a inclusão de 4.500 litros, constante na nota fiscal 027986, como segue:

ESTOQUE INICIAL	ENTRADAS	ESTOQUE FINAL	SAÍDAS REAIS	SAÍDAS COM N. F.	OMISSÃO DE SAÍDAS	VALOR DAS SAÍDAS
2.647,50	244.200	7.297,20	239.550,30	237.026,50	2.523,80	4.517,60

O demonstrativo de cálculo das omissões assume o seguinte teor:

PRODUTO	ESTOQUE INICIAL	ENTRADAS	ESTOQUE FINAL	SAÍDAS REAIS	SAÍDAS C/ NOTAS FISCAIS	OMISSÃO DE ENTRADAS	VALOR DAS ENTRADAS
ÁLCOOL	0,00	26.350,00	2.431,70	23.918,30	37.776,20	13.857,90	15.798,01
DIESEL	5.182,70	296.150,00	6.386,20	294.946,50	299.825,50	4.879,00	5.903,59
GASOLINA	2.647,50	244.200,00	7.297,20	239.550,30	237.026,50	0,00	0,00
TOTAL							21.701,60

Valor das entradas R\$ 21.701,60 e ICMS de R\$ 4.265,46 (27%, álcool), e ICMS de R\$ 1.003,61 (17% para diesel), totalizando R\$ 5.269,07, no exercício de 2002.

A infração perfaz, portanto, o total de R\$ 11.397,79:

Exercício de 2002 – R\$ 5.269,07

Exercício de 2003 – R\$ 2.353,94

Exercício de 2004 – R\$ 2.659,38

Exercício de 2007 – R\$ 1.115,40

Quanto ao argumento de que houve medições com a régua em condições de uso inadequado, esta afirmação refere-se apenas à declaração de estoque constante na fl. 59, efetuada em 18/01/2007. Contudo, o autuado na peça defensiva não aponta qual seria o erro, o que a régua tinha de defeito, nem de que modo poderia ter influenciado nas medições (como e quanto as supostas diferenças teriam ocorrido). Entendo que a medição feita com o uso da régua objetiva afere o estoque físico existente no tanque, com o estoque escritural (estoque inicial, entradas e saídas registradas). Assim, constatado diferença entre a medição efetuada com a régua e o estoque escritural, teria que ser registrado no LMC, a título de perdas ou sobras. Verifico que no LMC constam esses registros e foram devidamente considerados no levantamento fiscal.

Ressalto que a infração relativa ao período de 2007, abrange apenas o valor de ICMS de R\$ 484,00, não alcançando a auditoria realizada nos demais exercícios fechados.

Quanto à infração 04, em virtude da exclusão no exercício de 2002, de gasolina C, nas omissões de entradas, o valor exigido na antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, em função do valor acrescido, também tem seu valor retificado, conforme reconheceu o autuante na informação fiscal de fl. 333. Deste modo, o demonstrativo de débito fica assim caracterizado:

DATA DA OCORR.	DATA DE VENCTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA (%)	MULTA FIXA	VALOR HISTÓRICO	VALOR EM REAL
18/01/2007	09/02/2007	2.850,64	17,00	60,00	484,61	484,61
31/12/2002	09/01/2003	10.404,82	17,00	60,00	1.768,82	1.768,82
31/12/2003	09/01/2004	2.762,64	17,00	60,00	469,95	469,65
31/12/2004	09/01/2005	3.663,64	17,00	60,00	622,82	622,82
TOTAL						R\$ 3.345,90

Infrações parcialmente mantidas.

Quanto à infração 05, embora os dispositivos infringidos tenham sido apontados, equivocadamente, pelo autuante, a descrição dos fatos combinado com o demonstrativo da infração, fl. 08, deixa claro que está se exigindo ICMS em decorrência da responsabilidade solidária por ter adquirido mercadorias de empresa cancelada no cadastro estadual. Além disso, o contribuinte pode exercer plenamente o seu direito de defesa, respeitando-se o contraditório em sua inteireza.

Na descrição dos fatos consta: “O contribuinte adquiriu mercadorias provenientes da empresa Sampaio Coml. Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda, conforme notas fiscais nº 5162 de 27/12/2002, no valor de R\$ 4.400,00 e NF nº 4896 de 26/04/2003, no valor de R\$ 5.520,00, sendo que a mesma encontra-se cancelada desde 23/10/2002....”

Assim, mesmo tendo sido efetuadas as compras dentro do território baiano, não estando a documentação de origem regular, haja vista que o emitente estava com sua inscrição cadastral cancelada, desde 23/10/2002, não há como provar que o imposto já teria sido pago, ficando o autuado solidariamente responsável pelo pagamento do imposto devido por antecipação, art. 39, V do RICMS/97.

Assim, provada através de documento fiscal inidôneo, a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido, pois não ficou comprovado que o emitente da nota fiscal teria efetivamente pago o imposto ora exigido.

Infração mantida.

Por último, na infração 07, em que o autuado inicialmente discordou da exigência fiscal referente à diferença de alíquota na aquisição de um caminhão junto à Rio Bahia Veículos, situada em Feira de Santana, mas faturado no Estado de São Paulo, a final, requereu a inclusão no parcelamento de débito, o que importou no reconhecimento da autuação.

Infração mantida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 **206987.0254/07-1**, lavrado contra **SILVAPEDREIRA COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 25.400,97**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 11.397,79 e de 60% sobre R\$ 14.003,18, previstas no art. 42, III, II, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 200,00**, prevista no inciso XXII, do mesmo artigo e lei citados, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR