

A.I. Nº - 002207.3491/07-2
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS NOTA 1000 LTDA.
AUTUANTE - DANIEL ANTÔNIO DE JESUS QUERINO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 23.02.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0012-04/10

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. Documentos juntados ao processo comprovam que no levantamento fiscal deixou de ser computado quantidades consignadas em notas fiscais devidamente escrituradas no livro LMC. Infração parcialmente caracterizada. **b)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Diligência fiscal agrupou produtos da mesma natureza em função do armazenamento no mesmo reservatório o que resultou em redução do débito das infrações 1 a 4. Infrações elididas em parte. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/03/08, exige ICMS no valor de R\$273.639,17, acrescido de multas de 60% e 70%, relativo às 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 (Gasolina e Diesel/2003) - R\$194.019,04;
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 desacompanhado 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 (Gasolina e Diesel: 2003) - R\$54.021,03.
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 por espécie de mercadorias em exercício fechado, no valor de (Gasolina e Diesel Aditivado/2004) - R\$20.010,38;
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 desacompanhado de documentação fiscal

registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (Gasolina e Diesel Aditivado: 2003) - R\$5.588,72.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 116 a 127, inicialmente discorre sobre as infrações e diz que a fiscalização afastou-se da realidade dos fatos, não havendo qualquer omissão de entradas, bem como deixou de aplicar corretamente a legislação ao caso concreto.

Afirma que não concorda com a omissão apontada na autuação de 10.768 litros de gasolina comum e 634.965 litros de diesel aditivado no exercício de 2003 e 26.855 litros de gasolina comum e 13.543 litros de diesel aditivado em 2004, tendo em vista que foi apurado de forma unilateral, sem a sua participação, motivo pelo qual requer desde já a realização de perícia, para apurar de forma imparcial a inexistência de crédito tributário.

Salienta sobre a necessidade de juntada de outros documentos, posteriormente à apresentação desta defesa, razão pela qual solicita a concessão de prazo para tanto.

Com relação ao exercício de 2003, tendo sido apurado omissão de entrada de 10.768 litros de gasolina comum, alega que registrou entrada de 10.000 litros deste produto no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), por meio das notas fiscais nºs 198357 e 200991 (5.000 + 50000 litros de gasolina comum), devidamente lançadas conforme documentos juntados às fls. 137/138 e que a nota fiscal 200991 foi equivocadamente lançada pela fiscalização no ano de 2004.

Quanto à diferença remanescente de 768 litros, argumenta que se considerada a evaporação natural do combustível, perda durante a descarga e quantidade nos tanques nos caminhões de entrega inferior ao volume comprado, causou a diminuição do total adquirido.

Ainda quanto ao ano de 2003, relativo à omissão de entrada de 634.965 litros de Diesel Aditivado, afirma que não ocorreu, visto que despejou Diesel Comum no tanque relativo à Diesel Aditivado, oferecendo desconto aos consumidores proporcionalmente à diferença entre os valores dos combustíveis, de forma transparente para os clientes, uma vez que o desconto era informado nas bombas respectivas. Justifica que apesar da capacidade para armazenar Diesel Aditivado, a procura maior era pelo Diesel Comum o que fez comercializar Diesel Comum nas bombas de Diesel Aditivado, informando claramente o produto ali vendido por aviso.

Afirma que tal procedimento está devidamente registrado no LMC no período (fls. 154/330) e se adquirido produtos sem o devido registro, seria constatado pela Agência Nacional do Petróleo (ANP), que não constatou nenhuma irregularidade no período fiscalizado.

Ressalta que participou do Programa de Qualidade da Ipiranga, sendo que a distribuidora analisou periodicamente os produtos, não constatando nenhuma falha, tendo inclusive ganho prêmio por ter cumprido metas de volume de vendas, além de estar localizada numa área de grande concorrência de preços (BR 324).

Atenta que a fiscalização deixou de computar 5.000 litros de Diesel Aditivado, referente à nota fiscal nº 200991 (ora acostada), no total apurado (418.000 litros).

Relativamente ao exercício de 2004, afirma que não omitiu entrada de 26.855 litros de gasolina comum, como apontado pela fiscalização, tendo em vista que registrou entrada de 30.000 litros deste produto no LMC pelas notas fiscais 208206 (09/04/2004) – 5.000 litros; 221267 (22/09/2004) – 5.000 litros; 228126 (10/12/2004) – 5.000 litros e 007888 (21/06/2004) – 15.000 litros, conforme documentos juntados às fls. 140/142, todas devidamente lançadas no LMC, sendo que a última nota fiscal será posteriormente juntada ao processo.

Quanto à omissão apontada de 13.543 litros de Diesel Aditivado, a fiscalização deixou de computar 5.000 litros relativo a nota fiscal 208206 e 5.000 litros da 228126.

Relativamente à diferença remanescente de 3.543 litros, alega que deve ser considerada a evaporação natural do combustível, perda durante a descarga e

caminhões de entrega inferior ao volume comprado, a qual causou a diminuição dessa quantidade.

Alega que as multas aplicadas com percentuais de 60% e 70% são exageradas e confiscatórias, o que foge à finalidade dos institutos tributários ou administrativos, e aos objetivos de nossa Constituição Federal, atingindo o direito de propriedade do contribuinte. Ressalta que a atitude do Fisco, ao exigir multa absurda, vai de encontro aos princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade administrativas, de interpretação para coibir decisões socialmente injustas.

Transcreve decisões do Supremo Tribunal Federal, para reforçar o seu posicionamento de que a doutrina constitucional moderna determina que não se deve analisar as leis somente sob a ótica do princípio da reserva legal. Requer a procedência da impugnação e cancelamento do lançamento que originou o Auto de Infração.

O autuante presta Informação Fiscal (fls. 338 a 344), discorre sobre as infrações e os argumentos apresentados na defesa e diz que em relação ao exercício de 2003:

- 1) Durante a fiscalização após diversas intimações o autuado informou que o posto de combustível havia sido vendido para outra empresa (Rei da Pamonha) e que várias notas fiscais foram perdidas, sem que tivesse sido formalizada ocorrência ou declarado por escrito;
- 2) Comenta sobre as notas fiscais juntadas com a defesa e quanto a alegação defensiva de que ele fez constar no levantamento quantitativo de estoques de 2003, mercadoria que deu entrada no exercício de 2004, diz que intimou a empresa para apresentar documentos fiscais e constatou que as nota fiscal 198357 foi escriturada no livro Registro de Entradas de 2003 e a nota fiscal 200991 foi escriturada no citado livro no exercício de 2004, conforme documentos acostados às fls. 347/361. Consequentemente refez o demonstrativo do estoque com a devida correção o que resultou na omissão de entrada de 768 litros de gasolina comum e 629.965 litros de diesel.

Relativamente ao exercício de 2004, resultou nas seguintes alterações:

- 1) Com a exclusão da nota fiscal 200991 resultou em omissão de entrada de 31.855 litros de gasolina e 18.543 litros de diesel aditivado e 6.204 litros de diesel comum, conforme demonstrativos refeitos juntados ao processo;
- 2) Quanto ao argumento defensivo das evaporações, afirma que foi considerado o demonstrativo de perdas e ganhos, das aferições e não concorda com o apresentado pelo impugnante;
- 3) Em relação à alegação de que foi despejado diesel comum no tanque de diesel aditivado, contesta que não procede, pois consta no LMC as notas fiscais de entrada. Afirma que “o certo é que estão faltando notas fiscais de entradas”;
- 4) Diz que não concorda com a prorrogação do prazo de defesa, tendo em vista que desde o início do mês de fevereiro o proprietário da empresa acompanhou os trabalhos de fiscalização e solicitou um prazo maior ao supervisor. Posteriormente apresentou diversas notas fiscais conforme relacionou à fl. 343, ressaltando que a nota fiscal 208206 não foi lançada no livro Registro de Entrada (2004) e a 0788 sequer foi apresentada, bem como a nota fiscal 221267 também não foi escriturada no livro Registro de Entrada;

Quanto à alegação de que parte das mercadorias foi evaporada, diz que discorda do posicionamento do autuado.

Finaliza dizendo que espera o acolhimento da informação fiscal e pela procedência parcial do Auto de Infração de acordo com os documentos fiscais e demonstrativos juntados com a informação fiscal.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento do resultado da informação fiscal (fl. 382), tendo se manifestado às fls. 384/389. Inicialmente discorre sobre os argumentos e procedimentos adotados pelo autuante, afirmando que não é verdade que houve perda de notas fiscais, como afirmado por ele, e sim que pediu um prazo para entregar docum

inclusive das anexadas com a impugnação, com exceção da nota fiscal 7888 que não foi localizada, tendo solicitado fornecimento de cópia da distribuidora.

Com relação à venda do posto de combustível, argumenta que tal fato é irrelevante para o deslinde da questão, mesmo porque a venda ocorrida em junho de 2008 foi para uma grande rede de posto do interior e não para o Rei da Pamonha.

Relativamente às evaporações afirma que se faz necessário a análise por parte de técnicos especializados (químicos) para emissão de parecer, por entender que o autuante não está familiarizado como o processo operacional de carga e descarga de combustíveis. Passou a relatar as etapas deste processo desde o momento que o combustível sai da distribuidora até o tanque do posto (controle de seta; descarga selada; quantidades retidas no tanque na descarga).

Afirma que registra regularmente as operações no livro LMC, cujo controle é informatizado, sendo fiscalizado pela Agencia Nacional de Petróleo (ANP), que não acusou nenhuma irregularidade no período fiscalizado.

Quanto ao prazo solicitado, diz que junta ao processo a nota fiscal 7888 para comprovar o que foi afirmado na defesa, ao contrário do que afirmou o autuante. Relativamente às notas fiscais 208206 e 221267, afirma que foram lançadas no LMC, conforme documento 3 juntado com a defesa.

Ressalta que o autuante não se manifestou sobre os percentuais confiscatórios das multas aplicadas, o que no seu entendimento deve ser considerado revel e consequentemente, cancelada a multa aplicada.

Conclui requerendo que sejam desconsideradas as informações equivocadas prestadas pelo autuante e julgado improcedente o Auto de Infração.

O autuante presta nova informação fiscal (fls. 403/408), comenta os argumentos apresentados na manifestação do contribuinte e diz que com a juntada da nota fiscal 788, fica demonstrado infidelidade à bandeira, visto que adquiria mercadorias da CBPI/Satélite e a mencionada nota fiscal foi emitida pela Petrosul localizada em Feira de Santana, quatro meses após a lavratura do Auto de Infração.

Atenta que o autuado não contestou os demonstrativos juntados com a informação fiscal, estando faltando parte das notas fiscais de entrada.

Relativamente à alegação de que foi colocado diesel aditivado no tanque de diesel comum, contesta dizendo que como poderia ocorrer omissão de entrada de diesel aditivado se apurou omissão de entrada de diesel comum?

Ressalta que as notas fiscais 208206; 228126 e 221267 não foram registradas no livro Registro de Entradas.

Salienta que a empresa não foi recadastrada e que utilizou os índices de variações volumétricas previstas na Port. 26 do DNC para cálculos das perdas e ganhos de correntes de evaporação, consoante análise diária dos cálculos inseridos nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, ou seja, 0,6% sobre o estoque físico do produto.

Por fim, com relação às multas aplicadas, diz que as mesmas estão correlacionadas com as infrações. Requer a procedência da informação fiscal.

Esta JJF decidiu converter o processo em diligência à ASTEC/CONSEF no sentido de intimar o autuado para apresentar livros e documentos fiscais e verificar a possibilidade de identificar se as operações com diesel aditivado foram comercializadas como diesel comum, fazendo a juntada dos dois produtos.

A diligente no Parecer ASTEC 126/09 esclarece que intimado para a apresentação dos livros e documentos, na presença de preposto do autuado fez a inclusão das quantidades constantes das notas fiscais 7888 (15000 litros de gasolina); 208206 (5000 litros de g

gasolina comum, 5000 de diesel aditivado e 5000 litros de diesel comum) e 221267 (5000 litros de gasolina comum), cujas cópias já estavam acostadas às fls. 140/142.

Informa que tais notas fiscais não estavam escrituradas no livro Registro de Entrada, mas estavam escrituradas no livro LMC e não tinham sido consideradas pelo autuante no levantamento fiscal.

Com relação ao produto diesel, afirma que o livro LMC demonstra que o contribuinte utilizou reservatório destinado a diesel aditivado para estocar diesel comum. Refez o demonstrativo juntando os dois produtos (diesel aditivado e comum) o que resultou em omissão de entrada de 4.034 litros.

Após estas providências ajustou os demonstrativos elaborados pelo autuante relativo ao produto gasolina (fl. 363) que consolidou no demonstrativo de débito à fl. 416 totalizando R\$13.303,31.

Intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 433) o autuado manifestou-se (fls. 435/443) inicialmente comenta a seqüência dos fatos (autuação/defesa/informação fiscal/manifestação/diligência) e diz que a diligente em relação ao exercício de 2004 equivocou-se ao informar que o autuante apurou omissão de entrada de 31.855 litros de gasolina e sim 26.855 litros resultando na diferença de 5000 litros conforme notas fiscais 208206, 221267, 228126 e 7888 que estão devidamente escrituradas no LMC. Ressalta que não recebeu todas as notas fiscais e livros apresentados quando da fiscalização.

Com relação ao produto diesel diz que da diferença de 13.543 litros computado pelo autuante, 10000 litros foram registrados pelas notas fiscais 208206 e 228126 (5000 + 5000) e a diferença dos 3.543 litros resultantes foram evaporados.

Contesta que o parecer da ASTEC não levou em consideração a evaporação decorrente do processo de carga e descarga. Reitera os argumentos iniciais do marcador “seta”, “descarga selada”, mangueira de descarga, porcentual de volatilização de 6% estabelecido pela ANP, armazenagem do diesel aditivado nos tanques de diesel comum, imprecisão dos estoques, caráter confiscatório da multa. Requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante foi cientificado da diligência e manifestação do autuado (fl. 450) e não se manifestou.

Na Sessão de Julgamento o Julgador Antonio Cesar Dantas de Oliveira observou que o autuado acusou a não devolução dos documentos após a revisão da ASTEC.

Foi concedido a palavra ao Patrono do autuado, o qual reiterou os argumentos expendidos na manifestação acerca da diligência fiscal realizada pela ASTEC e disse que quanto ao questionamento da devolução dos documentos, afirmou que tal situação já tinha sido superada e que considerasse excluída da manifestação tal questionamento.

VOTO

O autuado solicitou a realização de perícia sob o argumento de que o levantamento fiscal foi apurado de forma unilateral, sem a sua participação. Consoante o art. 147, II, “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, tendo em vista que conforme disposto no art. 150, II do RPAF/BA, a perícia deve ser determinada para esclarecer fatos, por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Na situação presente foi juntado ao processo levantamento quantitativo de estoques elaborados com base nos livros e documentos fiscais do próprio estabelecimento autuado, o que possibilita confrontar os demonstrativos elaborados pela fiscalização com a sua escrituração e não há necessidade de requisitar laudo “por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada” para fornecer opinião. Além disso, foi realizada diligência por fiscal estranho ao feito para verificar no estabelecimento os procedimentos adotados em relação aos argumentos formulados na defesa, o que implicou em reconhecimento de parte dos documentos juntados com a defesa.

Quanto ao pedido de prorrogação de prazo para juntada de outros documentos, verifico que após a produção da informação fiscal o autuado se manifestou, inclusive fazendo juntada de outros documentos, motivo pelo qual entendo ser desnecessária a concessão de novo prazo para tanto.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS pela falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário e por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Na defesa apresentada o autuado contestou as infrações apontadas pela fiscalização alegando que no exercício de 2003, não foi computada entrada de 10.000 lt. de gasolina comum lançadas no LMC, pelas notas fiscais 198357 e 200991 (fls. 137/138), a última computada equivocadamente em 2004 e que a diferença remanescente de 768 lt. se deve à evaporação natural do combustível, perda durante a descarga e o que fica retido nos tanques nos caminhões de entrega.

Relativo à omissão de entrada de 634.965 lt. de Diesel Aditivado, afirmou que não ocorreu visto que despejou Diesel Comum no tanque de Aditivado, como registrado no LMC (fls. 154/330), além de não ter computado 5.000 litros de Diesel Aditivado, referente à nota fiscal nº 200991.

Relativamente ao exercício de 2004, afirma que não omitiu entrada de 26.855 litros de gasolina, tendo em vista que a fiscalização não registrou entrada das quantidades registradas no LMC de 30.000 litros pelas notas fiscais 208206 (5.000 litros); 221267 (5.000 litros); 228126 (5.000 litros) e 007888 (15.000 litros), conforme documentos juntados às fls. 140/142, devidamente lançadas no LMC.

Contestou a omissão de 13.543 litros de Diesel Aditivado, dizendo que a fiscalização deixou de computar as notas fiscais 208206 (5.000 litros) e 228126 (5.000 litros) e a diferença remanescente de 3.543 litros, deveria ser considerada a evaporação natural do combustível, perda durante a descarga e retenção nos tanques.

O autuante na primeira informação fiscal, com relação ao exercício de 2003, esclareceu que a nota fiscal 198357 foi escriturada no livro REM de 2003 e a nota fiscal 200991 foi escriturada no citado livro de 2004 (fls. 347/361), refez o demonstrativo o que resultou na omissão de entrada de 768 litros de gasolina comum e 629.965 litros de diesel.

Relativamente ao exercício de 2004, fez a exclusão da nota fiscal 200991 resultou em omissão de entrada de 31.855 litros de gasolina e 18.543 litros de diesel aditivado e 6.204 litros de diesel comum.

Contestou os argumentos defensivos das evaporações, despejo de diesel comum no tanque de diesel aditivado por falta de provas.

Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF, a diligente refez o demonstrativo reelaborado pelo autuante opinando por um débito remanescente de R\$13.303,31, o que foi contestado pelo impugnante.

Parecer ASTEC 126/09 esclarece que intimado para a apresentação dos livros e documentos, na presença de preposto do autuado fez a inclusão das quantidades constantes das notas fiscais 7888 (15000 litros de gasolina); 208206 (5000 litros de gasolina); 228126 (5000 litros de gasolina comum, 5000 de diesel aditivado e 5000 litros de diesel comum) e 221267 (5000 litros de gasolina comum), cujas cópias já estavam acostadas às fls. 140/142.

Informa que tais notas fiscais não estavam escrituradas no livro Registro de Entrada, mas estavam escrituradas no livro LMC e não tinham sido consideradas pelo autuante no levantamento fiscal.

Com relação ao produto diesel, afirma que o livro LMC demonstra que o contribuinte utilizou reservatório destinado a diesel aditivado para estocar diesel comum. Refez o demonstrativo juntando os dois produtos (diesel aditivado e comum) o que resultou em omissão de entrada de 4.034 litros.

Após estas providências ajustou os demonstrativos elaborados pelo autuante relativo ao produto gasolina (fl. 363) que consolidou no demonstrativo de débito à fl. 416 totalizando R\$13.303,31.

Intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. (fls. 435/443). Inicialmente comenta a sequência dos fatos

fiscal/manifestação/diligência) e diz que a diligente em relação ao exercício de 2004 equivocou-se ao informar que o autuante apurou omissão de entrada de 31.855 litros de gasolina e sim 26.855 litros resultando na diferença de 5000 litros conforme notas fiscais 208206, 221267, 228126 e 7888 que estão devidamente escrituradas no LMC.

Com relação ao produto diesel diz que da diferença de 13.543 litros computado pelo autuante, 10000 litros foram registrados pelas notas fiscais 208206 e 228126 (5000 + 5000) e a diferença dos 3.543 litros resultantes foram evaporados.

Contesta que o parecer da ASTEC não levou em consideração a evaporação decorrente do processo de carga e descarga. Reitera os argumentos iniciais do marcador “seta”, “descarga selada”, mangueira de descarga, porcentual de volatilização de 6% estabelecido pela ANP, armazenagem do diesel aditivado nos tanques de diesel comum, imprecisão dos estoques, caráter confiscatório da multa. Requer a improcedência do Auto de Infração.

Pelo relato acima, verifico que o autuante na sua informação fiscal acatou parte das alegações defensivas em vista dos documentos fiscais juntados com a defesa e mesmo a diligente tendo acatado outros documentos, o resultado foi contestado pelo impugnante.

Com relação ao exercício de 2003:

O autuante no demonstrativo à fl. 363 apurou omissão de entrada de 768 litros de gasolina comum, omissão de saída de 625.931 litros de diesel comum e omissão de entrada de 629.965 litros de diesel aditivado. A quantidade da omissão de entrada de gasolina foi contestada por meio de outros argumentos (evaporação, seta, etc), mas sem apresentação de documento fiscal.

Conforme documentos juntados pela defesa e conforme apurado pela diligente, o autuado armazenou diesel comum nos reservatórios destinados a diesel aditivado. Este fato foi comprovado pela escrituração das notas fiscais de entradas registradas no LMC. O próprio demonstrativo elaborado pelo autuante demonstra que é razoável a alegação defensiva visto que conforme acima relatado apurou no mesmo exercício omissão de saída e omissão de entradas de quantidades aproximadas de cada produto (aditivado e comum).

Portanto, quanto ao produto diesel, acato o argumento defensivo de que nesta situação específica foi armazenado diesel comum no reservatório de diesel aditivado. Da mesma forma acato o demonstrativo de débito elaborado pela diligente à fl. 415 e considero devido o valor de R\$1.565,07 na infração 1 e R\$2.001,22 na infração 2.

Relativamente ao exercício de 2004:

No demonstrativo ajustado pelo autuante às fls. 369/370, apurou omissão de entrada de 31.855 litros de gasolina comum e 18.543 litros de diesel aditivado, bem como omissão de saída de 6.204 litros de diesel comum.

A diligente deduziu da omissão de entrada dos 31.855 litros de gasolina e 18.543 litros de diesel aditivado apurado pelo autuante as quantidades de 15.000 litros pela nota fiscal 7888; 5000 litros de gasolina e 5000 litros de diesel aditivado pela nota fiscal 208206; 5000 litros de gasolina e 5000 litros de diesel aditivado pela nota fiscal 228126 e 5000 litros de gasolina pela nota fiscal 221267 totalizando 30.000 litros restando omissão de entrada de 1.855 litros de gasolina comum e 8.543 litros de diesel aditivado.

Portanto, ao contrário do que foi afirmado pelo recorrente de que a diligente se equivocou ao indicar omissão apurada pelo autuante de 26.855 litros de gasolina (fl. 437) constato que no demonstrativo à fl. 369 o autuante tinha apurado quantidade remanescente de 31.855 litros de omissão de entrada.

Da mesma forma, a quantidade apurada no demonstrativo à fl. 370 pelo autuante foi de 18.543 litros de diesel aditivado e não 13.543 como afirmou o recorrente na manifestação acerca do resultado da diligência (fl. 438). Ressalto que a cópia dos documentos do autuante foi fornecida ao recorrente de acordo com o documento à 1

Quanto ao argumento do autuante de que não podia acatar a nota fiscal 07888 “isto no dia 16/07/2008, 04 meses após a lavratura do Auto de Infração”, não pode ser acatado, tendo em vista que a cópia do referido documento juntado à fl. 391 comprova que foi emitida em 21/06/04 tendo sido autenticada no cartório de ofício em 16/07/08.

Com relação às perdas, ganhos e aferições, que o autuado alegou não ter sido considerada, constato que no levantamento fiscal o autuante considerou as quantidades registradas no LMC, a exemplo do produto gasolina comum que na fl. 13 resumiu ganho de 7.279 litros e perdas de 7.298 litros (fls. 99 e 102), portanto não procede tal argumento defensivo.

No que se refere às diferenças ocorridas no momento das descargas, observo que é razoável que isso ocorra, ou seja, a quantidade constante na nota fiscal de compra dificilmente é descarregada na sua totalidade. Entretanto, no momento da apuração do estoque final (que é o inicial do exercício seguinte) caso constatado diferença entre o estoque físico e o contábil (escriturado) a empresa pode fazer os ajustes dos estoques e promover a sua escrituração mediante emissão de documento fiscal, o que não foi comprovado na presente situação.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que as multas aplicadas de 60% e 70% são previstas no art. 42, III e II “d” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 7), se atendidas as condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 100%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração. Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Dec.7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Por tudo que foi exposto, acato os demonstrativos elaborados pela diligente da ASTEC juntado à fl. 415, considero devido o valor de R\$4.273,08 na infração 3 e R\$5.463,94 na infração 4, totalizando R\$13.303,31 conforme consolidado no demonstrativo de débito à fl. 416. Infrações procedentes em parte.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL 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 **002207.3491/07-2** lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS NOTA 1000 LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.303,31**, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.465,16 e 70% sobre R\$5.838,15, previstas no art. 42, II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 09 de fevereiro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DAN