

**A. I. N °** - 206935.0001/10-1  
**AUTUADO** - POSTO RAUL LOPES LTDA.  
**AUTUANTE** - UBALDO REIS RIBEIRO  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 28.12.2010

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO JJF N° 0387-02/10**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. 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 acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/02/2010, exige ICMS no valor histórico de R\$4.800,98, em razão das seguintes irregularidades, apuradas mediante de levantamento quantitativo de estoque:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, no valor de R\$433,42, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no Anexos 88 do RICMS/BA.
2. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$1.423,92, 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, relativo ao exercício aberto de 2009, referente ao produto gasolina comum.
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$451,24, 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 ao exercício aberto de 2009, referente ao produto gasolina comum.

4. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$1.892,63, 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, ao exercício aberto de 2009, referente ao produto óleo diesel comum.

5. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$599,77, 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 ao exercício aberto de 2009, referente ao produto óleo diesel comum.

O autuado impugna parcialmente o lançamento tributário, fls. 26 a 33, inicialmente argüindo nulidade por entender que o agente fiscal ao apurar falta de recolhimento do imposto, antes de autuar, deveria intimar o contribuinte, por escrito, na pessoa de seu representante legal, a prestar no prazo razoável todos os esclarecimentos necessários, da origem ou das causas dessa falta de recolhimento. Isso é obrigatório em face de existência do princípio do contraditório assegurado pela Constituição Federal.

No mérito, afirma que recebe todos os produtos através de notas fiscais idôneas, sob o regime da substituição tributária, conforme cópias das mesmas em anexo, comprovando a origem dos produtos. Todas as compras foram realizadas com emissão das notas fiscais de entradas, emitidas exclusivamente pela ESSO Brasileira de Petróleo Ltda., com o ICMS pago por substituição tributária nas operações anteriores, conforme convênio 03/99 e Regime Especial nº 2080/99, concedido em 14/10/99. Portanto, todos os produtos tiveram suas entradas de origem comprovadas, através de documentação hábil, com recolhimento do ICMS, sob o regime de substituição tributária.

Quanto a infração 01, reconhece parcialmente o valor autuado, informando que a diferença será objeto de pagamento e posterior juntado dos DAES, comprovando o recolhimento, exceto da Nota Fiscal nº 258095 da IDEAL WORK Uniformes e EPIS Ltda., no valor de R\$406,61, emitida em 15/01/2009 que gerou o ICMS indevido de R\$64,85, por se tratar de mercadorias para uso da empresa.

Relativamente as infrações 02 e 03 – GASOLINA – Frisa que conforme o demonstrativo que elaborou, constando a verdadeira movimentação do item gasolina no período de 2009, tomando como base os registros no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, que comprova a verdadeira movimentação de estoque e em conseqüência a improcedência da Autuação. Anexa demonstrativo detalhado, das entradas, saídas, perdas e estoque da Gasolina.

Lembra que não consta nos demonstrativos do Autuante as perdas por evaporação, tão comum neste tipo de mercadoria. As entradas estão corretas, no entanto nas saídas houve um equívoco no demonstrativo do Autuante, sendo que anexo, segue as verdadeiras saídas do item Gasolina.

Concluindo que a autuação é insubsistente.

No tocante as infrações – DIESEL – salienta que conforme o demonstrativo que elaborou, informa a verdadeira movimentação do item DIESEL no período de 2008, que tomamos como base os registros no Livro de Movimentação de Combustível – LCM, comprovando a verdadeira movimentação de estoque.

Ressalta que não foi consignado pelo Fiscal, a Nota Fiscal de entrada nº 3713 emitida pela ESSO Brasileira de Petróleo Ltda, em 15/12/2008 no total de 5.000 (cinco mil) litros de óleo DIESEL, tornando desta maneira a improcedência da Autuação.

Destaca que também não consta nos demonstrativos do autuante perdas por evaporação, tão comum nesta mercadoria. As entradas estão corretas exceto na nc

nas saídas houve equívoco no demonstrativo do autuante, sendo que anexa demonstrativo com as verdadeiras saídas do item DIESEL. Portanto, a autuação é insubsistente.

O autuante ao prestar informação fiscal, fls. 542 e 543, quanto a infração 01, reconhece que é material de uso e consumo do estabelecimento, entretanto, não acata o argumento defensivo ressaltado que é devido o pagamento do diferencial de alíquota.

Em relação as infrações 02 e 03, reconhece que houve falha em seu levantamento fiscal, pois não considerou o estoque inicial do produto gasolina comum que é 8.598 litros, tendo efetuado o referido ajuste, constatou que não persistia a suposta diferença apontadas nas infrações em tela.

Quanto as infrações 04 e 05, relativo ao produto diesel, também não acata o levantamento apresentado pela defesa em relação às perdas, a defesa não observou o limite permitido pela legislação que é de 0,006 por dia, além não ter considerado os ganhos lançados do LMC e de não ter acostado cópia de diversas folhas do LMC.

No entanto, ressalta que com a inclusão da Nota Fiscal 3.713, emitida em 15/12/2008, fl. 45, acrescentado 5.000 litros de diesel às entradas, o valor do débito da infração 04 fica reduzido para R\$ 120,77 e a infração 05 reduzida para R\$38,27.

Ao final, opina pela redução das infrações 01, 04 e 05 e a improcedência das infrações 02 e 03, conforme novos demonstrativos acostados às folhas 544 a 546.

O contribuinte recebeu cópia dos novos demonstrativos, fls. 547 e 548, sendo intimado do prazo legal para se manifestar, porém, silenciou.

Às folhas 551 a 555, foram acostados relatórios do SIGAT, constando o pagamento de parte do débito autuado.

#### **VOTO**

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, por não tem amparo fático ou jurídico o argumento relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados demonstrados nos papeis de trabalho realizado durante o procedimento de auditoria. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

A pretensão defensiva de que teria que ser intimado o sujeito passivo, antes da lavratura do Auto de Infração, para se defender das irregularidades apuradas pela fiscalização, não tem nenhum amparo legal. A legislação estadual determina que o sujeito passivo é intimado da existência de débitos tributários relativos ao ICMS, no caso em questão, justamente com a ciência do Auto de Infração. Nesta ocasião recebe uma cópia do Auto de Infração e de todos os seus demonstrativos e demais elementos de prova acostado pela fiscalização. A partir da ciência da autuação o contribuinte tem 30 dias para efetuar o pagamento ou impugnar o lançamento tributário.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Ademais, devo ressaltar que a própria defesa reconheceu expressamente e pagou parte do valor autuado, fato que demonstra ser contraditória a referida arguição.

Quanto a arguição de inconstitucionalidade da norma estadual em relação à forma de intimação do sujeito passivo sobre a existência de débito tributário, ressalto

exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

No mérito, na infração é imputado ao sujeito passivo ter deixado 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/ou do exterior relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

Em sua peça defensiva o sujeito passivo reconheceu parcialmente o valor autuado, informando que a diferença será objeto de pagamento, exceto da Nota Fiscal nº 258095 da IDEAL WORK Uniformes e EPIS Ltda., no valor de R\$406,61, emitida em 15/01/2009 que gerou o ICMS indevido de R\$64,85, por se tratar de mercadorias para uso da empresa.

Entendo que a alegação defensiva deve ser acolhida, uma vez que restou comprovado que se trata de material de uso e consumo, como reconheceu o autuante em sua informação fiscal, apesar de não concordar com a redução do valor autuado, modificando a infração para falta de pagamento de diferencial de alíquota, o que não pode ser acolhido por esse Conselho de Fazendo, pois implicaria em mudança do fulcro da autuação.

Assim, deve ser excluído da autuação a Nota Fiscal nº 258095, ficando o valor da infração 01 reduzida para R\$368,57.

As infrações 02, 03, 04 e 05 foram apuradas mediante aplicação do roteiro de Auditoria de Estoque, tendo o autuante apurado falta de recolhimento do imposto pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Infrações 02, referente ao produto gasolina comum e 04 ao produto óleo diesel), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infrações 03 e 05).

Não pode ser acolhida a alegação defensiva de que somente adquiriu suas mercadorias mediante nota fiscal e que não seria devido nenhum valor de ICMS, uma vez que tais alegações não foram confirmadas nos papéis de trabalho elaborados pela fiscalização ao aplicar o roteiro de auditoria de estoque.

Em relação ao produto gasolina comum, infrações 02 e 03, a defesa anexa levantamento para contrapor o elaborado pelo autuante e ressalta que a fiscalização não considerou as perdas decorrente da evaporação.

Deve ser acolhido o argumento defensivo em relação às quantidades apuradas, pois o fato foi comprovado mediante apresenta do livro LMC, fato que acatado pelo autuante e ao refazer o levantamento fiscal constatou não existir diferença em relação ao produto gasolina, opinando pela improcedência das infrações.

Acato o resultado da revisão fiscal e julgo improcedentes as infrações 02 e 03.

No tocante as infrações 04 e 05 (óleo diesel) em sua peça defensiva, o impugnante reitera o argumento em relação às perdas e aponta que a fiscalização não considerou a Nota Fiscal nº 3.713.

Em relação as perdas, o argumento defensivo não pode ser acolhido uma vez que a fiscalização já havia considerados as referidas quantidades, dentro do limite de 0,006 por dia.

O autuante acatou parcialmente a alegação defensiva ao realizar a revisão fiscal, reconhecendo a procedência da impugnação em relação à Nota Fiscal nº 3.713, no tocante a 5.000 litros de diesel comum.

Acato a revisão fiscal realizada pelo autuante, uma vez que o contribuinte comprovou a entrada de mais 5.000 litros de diesel comum, mediante a apresentação da N

demonstrativo á folha 546 o autuante considerou as perdas, o que resultou na redução do valor do débito da infração 04 para R\$ 120,77 e a infração 05 para R\$38,27.

Ressalto que o contribuinte recebeu cópia do resultado da revisão fiscal, fls. 547 e 548, não tendo mais se manifestado, caracterizado o reconhecimento tácito do sujeito passivo dos valores resultantes dos novos levantamentos.

Face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque 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:

- a) 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);
- b) 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”).

Portanto, 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.

Com base na explanação acima, considero parcialmente correto o procedimento fiscal, estando parcialmente caracterizadas as infrações 04 e 05, nos valores respectivos de R\$ 120,77 e R\$ 38,27.

Logo, as infrações 04 e 05 restaram parcialmente caracterizadas nos valores respectivos de R\$ 120,77 e R\$ 38,27.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$568,27, conforme abaixo, homologando-se os valores efetivamente recolhidos:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO	MULTA %
1	PROCEDENTE PARTE	368,57	60
2	IMPROCEDENTE	0,00	70
3	IMPROCEDENTE	0,00	60
4	PROCEDENTE PARTE	120,77	70
5	PROCEDENTE PARTE	38,27	60
TOTAL		527,61	-

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206935.0001/10-1, lavrado contra **POSTO RAUL LOPES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento no valor total de **R\$527,61**, acrescido das multas de 60% sobre R\$40

previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR