

A.I. N.º - 019358.0602/11-3
AUTUADO - MACHADO & FILHOS LTDA
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS PEREIRA DE VASCONCELOS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 07.08.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0168-02/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. COMBUSTÍVEIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. Provada documentalmente a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente adquire a condição de responsável solidário pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. 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. Exigências parcialmente subsistentes, após ajustes no levantamento fiscal. Considerado nula a exigência do exercício de 2010, por inobservância do devido processo legal, por faltar certeza e liquidez do lançamento em virtude de utilização no levantamento fiscal de documentos de outro contribuinte, caracterizando vício formal no procedimento. Quanto ao período de 01/01 a 28/03/2011, o sujeito passivo conseguiu elidir parte da infração por erro na apuração do débito. Representada a autoridade fiscal para a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas na defesa e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 01/07/2011, para exigência de ICMS, no valor de R\$196.067,58, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto, 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, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias (GASOLINA COMUM, ALCÓOL, GASOLINA ADITIVADA E ÓLEO DÍESEL) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão

do registro, em sua escrita, de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, no exercício de 2010, sendo exigido o imposto no valor de R\$42.938,58 e aplicada a multa de 60%. (docs.fl.05/37).

2. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (GASOLINA COMUM, ALCÓOL, GASOLINA ADITIVADA E ÓLEO DÍESEL) de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no exercício de 2010, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 137.802,35 e aplicada a multa de 70%. (docs.fl.05/37).
3. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (ALCÓOL, GASOLINA ADITIVADA E ÓLEO DÍESEL) de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no período de 01/01 a 28/03/11, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 11.739,27 e aplicada a multa de 70%. (docs.fl.39/50).
4. Falta de recolhimento do imposto, 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, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria (ALCÓOL, GASOLINA ADITIVADA E ÓLEO DÍESEL) de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, no período de 01/01 a 28/03/11, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 3.587,38 e aplicada a multa de 60%. (docs.fl.39/50).

O autuado, através de seu representante legal, em sua defesa (docs.fl.79 a 89), após resumir as infrações, esclarece que é empresa varejista de combustíveis e seus derivados, e alega que o método utilizado pela fiscalização nas informações previstas no LMC, se baseiam em dados incorretamente apostos pelo seu funcionário no citado livro.

Em seguida, arguiu a nulidade do lançamento, a pretexto de cerceamento de defesa, com base na alegação de que o procedimento de fiscalização ocorreu de modo equivocado e abusivo, pois os documentos que embasam a presente autuação não são aqueles exigidos nem tampouco os que o contribuinte tem dever de conservar ou exibir, além do fato de que não foram obtidos legalmente, mas sim, através de uma autuação inadequada, abusiva e ilícita.

Alega que o levantamento fiscal contém diversos equívocos concernentes a: na utilização do encerrante não foi observado que o estabelecimento iniciou as suas atividades no dia 23/07/2010, e que não poderia jamais ter encerrante dia 26/02/2010 e que o referido encerrante utilizado pela fiscalização foi o da sucedida empresa JOSE TANAJURA MACHADO; erro nos estoques iniciais e no levantamento das entradas, tendo demonstrado no corpo da peça defensiva as quantidades que entende corretas, e juntado como elemento de prova os documentos e demonstrativos às fls.92 a 148.

Salienta que não pode ser considerada clara e precisa uma peça acusatória que não transparece com exatidão a origem do crédito, e que no caso, a fiscalização utilizou a leitura dos encerrantes aplicados em mercadorias da citada empresa JOSE TANAJURA MACHADO CNPJ nº 14.696.785/0001-93, em 26/02/2010, período em que a nova empresa MACHADO & FILHOS LTDA, inscrita no CNPJ 11.608.590/0001-56 em 02/02/2010, aguardava a regularização junto a AGENCIA NACIONAL DE PETRÓLEO – ANP, cuja autorização nº PR/BA0084706, somente foi publicada no DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO em 13/07/2010, tendo início a atividade como revendedor em 23/07/2010, data da realização da primeira compra, conforme documentos acostados às fls. 139 a 144.

Aduz que as irregularidades apontadas podem ser comprovadas através de cópias de notas fiscais de entradas de mercadorias, do LMC da empresa supracitada mantendo-se

ativa até 22/07/2010, e autuada a partir de 23/07/2010, data em que deu início de direito às suas atividades comerciais como NOVA empresa denominada MACHADO & FILHOS LTDA, conforme documentos acostados às fls.145 a 148.

No mérito, argüiu ilegitimidade passivo, em razão da alegada equivocada inclusão de faturamento da empresa JOSE TANAJURA MACHADO nos relatórios constantes do auto de infração, por entender que se tratando da referida empresa, há que se desconsiderar do relatório os valores a ela referentes.

Ao final, solicita, se necessário, após a informação fiscal, que seja designado um fiscal estranho ao feito, para que faça uma nova apuração dos débitos e créditos, chegando a uma justiça fiscal, e requer a nulidade do lançamento nos termos de sua defesa.

Na informação às fls.150 a 151, o autuante esclareceu que sua ação fiscal está baseada na análise dos documentos apresentados pelo contribuinte, tais como notas fiscais de entradas de mercadorias, Livros de Movimentação de Combustíveis – LMCs, e, livro Registro de Entradas, onde constatou a existência de combustíveis diversos, que foram vendidos pela empresa, sem que houvesse documentos de entradas dos mesmos, que pudessem lastrear tais vendas.

Rebateu a alegação de cerceamento de defesa dizendo que o autuado foi intimado para apresentação de livros e documentos fiscais, relativos ao período de 01/01/2010 a 28/03/2010, fl.05, e na oportunidade da visita realizou o preenchimento da planilha COLETA DE DADOS, para constar elementos dos encerrantes relativos aos combustíveis comercializados, assim como, os estoques existentes nos tanques, relativos aos respectivos combustíveis.

Informa que o autuado apresentou as notas fiscais e o LMC, apenas à partir de 07/2010, sendo expedida a 2^a intimação para apresentação de documentos relativos ao período de 26/02/2010, período de inclusão no CADICMS, até 21/07/2010, desde quando embora intimado para apresentação de atestados de intervenções, caso existentes, relativo a firma antecessora, não os apresentou. Esclarece que foram apresentados os LMC's com datas de abertura em 22/07/2010, e que o autuado foi estabelecido no mesmo endereço da firma JOSÉ TANAJURA MACHADO, ou seja, Av. Lindemberg Cardoso, nº 171, bairro Taquari, Livramento de Nossa Senhora, CNPJ 14.696.785/0001-93, em cujo quadro social o Sr. José Tanajura participa, conjuntamente com parentes, conforme fls.51 a 53, nas quais verifica-se ter alterado o endereço posteriormente para o nº 161- galpão, tendo deduzido o autuante que funcionam juntos. Informa, ainda, que por várias oportunidades telefonou ao Contador da firma, Sr. Antonio Lessa, solicitando apresentação de atestado legal de intervenção, com elementos comprobatórios dos encerrantes, o qual, após insistência enviou os livros LMC's relativo a firma JOSÉ TANAJURA MACHADO.

Assim, justificou o motivo pelo qual considerou os valores de abertura dos encerrantes da firma JOSÉ TANAJURA, à partir de 26/02/2010, como iniciais, embora sem devido atestado junto a empresa credenciada pela ANP, para regularização dos encerrantes e devida escrituração nos livros, LMC.

Quanto aos equívocos apontados na defesa, o preposto fiscal declara que após avaliações de toda documentação e considerando os encerrantes da antecessora, fls. 13, 19, 25 e 31, concluiu pela existência de OMISSÃO DE ENTRADAS de combustíveis no exercício fechado de 2010, conforme demonstrativos, fls. 10, 16, 22 e 28, nos volumes respectivos. Justifica que na realização da informação fiscal, após buscas de documentos fiscais de compras relativos período de 26/02 a 22/07/2010, da firma Machado & filhos Ltda, concluiu não existirem. Igualmente, que após buscas no sistema [Nfeng], relativos aos produtos adquiridos pela firma José Tanajura Machado, relação anexada, constatou que os volumes adquiridos no mesmo período, condizem, quase totalmente, com as diferenças (OE) encontradas, conforme demonstrativos.

Com relação ao exercício aberto de 2011, informa que após avaliações e buscas no sistema Nfeng, conforme relações e notas fiscais, constatou existência de OMISSÕES DE ENTRADAS, a saber:

GASOLINA ADITIVADA - As notas fiscais nºs 30955 (5000 lts) e 31312(5000 lts), anexadas, relativas, foram adicionadas a planilha-ENTRADAS e esta passou a totalizar 25.000 litros, consequentemente reduzindo os valores iniciais, fl.39, para OE = 801,41 litros.

GASOLINA COMUM - Tendo transferido as notas fiscais 30955 e 31312, digitadas por equívoco, para a planilha de gasolina aditivada, a totalização das entradas foi reduzida para 50.000 litros e consequentemente os valores relativos OE, antes negativo, - 9979,34, foi alterado para 20,66.

ÁLCOOL COMUM - Foi inserida na planilha relativa entradas a nf 22104, anexada, relativa 5.000 lts de combustível adquirido. Assim como foi alterado dados relativo a nf 23059, anexada, equivocadamente digitada com vol de 10.000 litros, para 5.000 lts, porém mantendo-se os mesmos valores.

ÓLEO DIESEL- Após conferencia das planilhas e confirmações junto ao sistema Nfeng, relações anexadas, todos os valores foram confirmados.

Concluiu apresentando o demonstrativo abaixo resultante das retificações efetuadas no levantamento fiscal.

| COMBUSTÍVEL | OE (lts.) | ICMS-NORMAL | ICMS- ANTC. |
|--------------------|-----------|-------------|-------------|
| Gasolina aditivada | 801,41 | 507,41 | 150,49 |
| Álcool comum | 5.472,92 | 1.721,25 | 545,46 |
| Diesel | 13.050,00 | 3.313,85 | 1053,47 |
| | ----- | ----- | ----- |
| | | 5.542,51 | 1.749,42 |

Considerando que na impugnação o sujeito passivo apontou equívocos no levantamento fiscal, cujo autuante em sua informação fiscal acolheu parte das razões defensivas e elaborou novos levantamentos e demonstrativos, inclusive anexando novos elementos ao processo, sem, contudo, ter sido entregues tais documentos ao sujeito passivo, conforme despacho à fl. 179, o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem, para que, mediante intimação, fosse reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, fornecendo ao sujeito passivo, sob recibo, no ato da intimação cópia da informação fiscal às fls. 150 a 152 e dos demonstrativos às fls. 153 a 174, e cópia do despacho de diligência, para sobre eles se manifestar, querendo.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls. 183 a 184, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal e dos novos elementos a ela anexados, sendo-lhe entregues cópias das fls. 150 a 179, o qual, se manifestou às fls. 185 a 189, argüindo o seguinte.

OMISSÃO 01

GASOLINA ADITIVADA – As notas Fiscais nºs 30955 (5.000 lts) anexadas, relativas , foram adicionadas a planilha – ENTRADAS e esta passou totalizar 25.000 litros, consequente reduzidos os valores iniciais, fl 39, para OE 901,41 litros:

OMISSÃO 02

GASOLINA COMUM – Tendo transferido as notas fiscais 30955 e 31312, digitadas por equívoco, para a planilha de aditivada, a totalização das entradas foi reduzida para 50.000 litros e consequentemente os valores relativos OE, antes negativo, 9979., foi alterado para 20,66

OMISSÃO 03

ALCÓOL COMUM – Foi inserida na planilha relativa entradas a nf 22104, anexada, relativa 5.000 litros de combustíveis adquirido. Assim como foi alterado dados relativo a nf 23059, anexada equivocadamente digitada com vol. de 10.000 litros, para 5.000 , porém mantendo-se os mesmo valores

OMISSÃO 04

ÓLEO DIESEL – Após conferência das planilhas e confirmações junto ao sistema Nfeng, relações anexadas, todos os valores foram confirmados

Após avaliação dos fatos apresento demonstrativos, relativos valores a serem confirmados, infra, a seguir.

Feitas estas considerações, apresentou no corpo da defesa, os quadros demonstrativos abaixo, para todos os produtos auditados, com as respectivas ponderações sobre os resultados apurados.

Analizando o mérito, pondera que sua peça impugnatória limitar-se-á a análise dos montantes correspondentes à empresa autuada, qual seja, MACHADO & FILHOS LTDA, e finaliza reiterando seu pedido de revisão fiscal por fiscal estranho ao feito, e de nulidade da autuação.

O autuante se manifesta sobre as razões defensivas, fls. 211 e 212, declara que após avaliações da defesa constituída, pgs 79 a 148, e avaliação dos documentos digitados nas planilhas relativas aos combustíveis respectivos, comparativamente com a relação de notas fiscais buscadas através sistema NFEG, constatou a existência de equívocos na digitação de notas fiscais/Danfes nas planilhas relativas a entradas dos produtos, gasolina comum, gasolina aditivada e álcool comum, assim como, falta de incorporação da NF nº 22.104 na planilha de entradas deste combustível. Frisa que estes dados estão constatados na informação fiscal decorrente, pg.151 e demonstrativos anexados para correções, pgs. 152 a 168.

Feitas estas considerações, repetiu suas conclusões apresentadas na informação fiscal anterior, quais sejam:

I - GASOLINA ADITIVADA. Inicialmente deixei de incorporar as nfs 30.955 e 31.312, ambas correspondentes a compra de 5.000 Its deste combustível, tendo apresentado relação de entradas, pg.40, totalizando 15.000,00 litros. Após devida correção e incorporações apresentei nova relação totalizando volume de 25.000 litros, pg.153.

II - GASOLINA COMUM. Tendo digitado indevidamente as notas fiscais 30.955 e 31.312, correspondentes a 10.000 litros de gasolina aditivada à relação de entradas, totalizando 60.000 litros, pg.46, após devida desincorporação deste volume, apresentei nova relação totalizando volume de 50.000 Its, conf. Pg.160, anexa.

III - ÁLCOOL COMUM. Segundo planilha relativa entradas, equivocadamente digitei a nf 23.059 mencionando volume de 10.000 litros, pg.42, quando o correto seria 5.000 litros, pgs. 163 e 164, anexas.

IV - ÓLEO DIESEL - Relativo a este combustível, os dados incorporados foram corretos, segundo pgs. 44 e 168, anexas.

Destaca que o autuado em pronunciamento, fl.185, confirma as reformulações, contidas nas fls. 152 a 168, numericamente, porém, na fl.189, faz alusões à inadmissibilidade de inclusão no PAF, de provas obtidas por meios ilícitos. Protestou sobre essa alegação justificando que a auditoria realizada, conforme OS, pertinente ao levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em EXERCÍCIO ABERTO, está baseada em elementos legais, existentes e apresentados, ou sejam, encerrantes de abertura e fechamento, notas fiscais de entradas, estoques inicial e final, perdas, ganhos e aferições, e estes, se apresentados, foram incorporados às planilhas respectivas.

Quanto ao pedido do autuado para realização de diligência para apuração dos débitos e créditos, informa que a auditoria abrangeu unicamente ao estoque físico por espécie de mercadorias, período de 01/01/2010 a 28/03/2011, tendo havido, conclusivamente, no exercício de 2011, deixado de contabilizar nos livros fiscais próprios, documentos relativos mercadorias adquiridas de terceiros, ou sejam, gasolina comum, gasolina aditivada e óleo diesel, desacompanhadas de documentação fiscal, conforme pgs. 150 a 158, anexas.

Ressaltando que diante dos fatos, e não havendo outros elementos incorporados ao PAF, pugna pela procedência do auto de infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir imposto, sobre combustíveis, por responsabilidade solidária (infrações 02 e 03) e por antecipação tributária (infrações 01 e 04), por ter adquirido mercadorias sujeitas a substituição tributária desacompanhadas de documentação fiscal, conforme apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, correspondente aos períodos de 01/01 a 31/12/2010, e 01/01 a 28/03/2011, respectivamente.

Portanto, o fulcro da acusação fiscal reside na responsabilidade do autuado na condição de contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (ALCÓOL, GASOLINA ADITIVADA, GASOLINA COMUM E ÓLEO DÍESEL), desacompanhadas da documentação fiscal competente, e na antecipação tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA, tudo em conformidade com os demonstrativos e documentos constantes às fls. 06 a 73.

No presente caso, o levantamento quantitativo por considerar a movimentação quantitativa dos produtos no estabelecimento, constantes no LMC, o seu resultado expressa o real movimento das mercadorias, e demonstra claramente a apuração do crédito tributário, conforme demonstram os levantamentos às fls. 06 a 73.

Os estabelecimentos que operam no ramo de combustíveis estão obrigados a escriturar o livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) instituído pela Portaria nº 26/92 do Departamento Nacional de Combustíveis. Trata-se de um livro obrigatório previsto nos Convênios SINIEF s/nº, de 15/12/70, 06/89 e Ajuste SINIEF 1/92, e também no artigo 314, V, e 324 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Logo, o LMC por se tratar de livro obrigatório para os contribuintes que atuam na comercialização de revenda de combustíveis, destina-se ao registro diário das operações ou prestações realizadas de toda movimentação de combustíveis, relativo às quantidades dos estoques de abertura e fechamento, aquisições, vendas no bico, as aferições, inclusive as eventuais perdas por evaporação ou vazamento, constituindo-se como o instrumento mais eficaz para o controle de toda a movimentação quantitativa dos combustíveis nos postos de revenda, cuja escrituração está prevista no artigo 319, do RICMS/97, e deve ser efetuada com base nas operações ou prestações realizadas. Logo, o LMC constitui-se com um livro fiscal que reflete a movimentação das mercadorias do estabelecimento de determinado período.

O lançamento foi impugnado com base na alegação de na utilização do encerrante não foi observado que o estabelecimento iniciou as suas atividades no dia 23/07/2010, e que não poderia jamais ter encerrante dia 26/02/2010 e que o referido encerrante utilizado pela fiscalização foi o da empresa JOSE TANAJURA MACHADO, além de erros nos estoques iniciais e no levantamento das entradas.

O autuante, por seu turno, em sua informação fiscal, quanto ao levantamento do ano de 2010, declara que após avaliações de toda documentação e considerando os encerrantes da antecessora, fls. 13, 19, 25 e 31, concluiu que a omissão de entrada apurada às fls. 10, 16, 22 e 28, corresponde quase totalmente com as compras relativas ao período de 26/02 a 22/07/2010, da firma Machado & filhos Ltda.

Pelo que consta dos autos, o estabelecimento autuado não é sucessor da empresa JOSE TANAJURA MACHADO, tratam-se de empresas distintas, e por isso, entendo que não foi correto o procedimento da fiscalização em considerar como abertura os valores dos encerrantes do dia 26/02/2010 e os estoques, da citada empresa, visto que, conforme comprovado pelo autuado, o mesmo aguardava a regularização junto a AGENCIA NACIONAL DE PETRÓLEO – ANP, cuja autorização nº PR/BA0084706, somente foi publicada no DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO em 13/07/2010, tendo início a atividade como revendedor em 23/07/2010, data da realização da primeira compra, conforme documentos acostados às fls.139 a 144.

Além do mais, o contribuinte JOSE TANAJURA MACHADO, manteve-se ativo até 22/07/2010, e a partir de 23/07/2010, é que o autuado deu início de direito às suas atividades comerciais, conforme documentos acostados às fls.145 a 148.

Nestas circunstâncias, pelas considerações acima alinhadas, concluo que não há como se considerar o movimento do contribuinte JOSE TANAJURA MACHADO nos relatórios constantes do auto de infração.

Em sendo assim, como a base de cálculo restou definida no presente lançamento de ofício com base em documentos de outro contribuinte, restou caracterizado falta de certeza e liquidez do crédito tributário, pelo que concluo que nos autos não constam elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, sendo portanto nula a acusação fiscal deste item da autuação, com base no disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Representação à autoridade fazendária competente para determinar a instauração de procedimento fiscal a salvo de falhas.

Quanto ao levantamento do período de 01/01 a 28/03/2011 (infrações 03 e 04), diante dos equívocos apontados na defesa, o autuante ao prestar sua informação fiscal procedeu as correções que entendeu devidas, resultando nos levantamentos e documentos constantes às fls. 152 a 174.

Considerando que o autuado não concordou com as alterações procedidas no levantamento fiscal dos itens em comento, passo analisar os argumentos defensivos com base nos documentos acostados aos autos, pois os mesmos são suficientes para se chegar a uma conclusão sobre a lide, razão porque, indefiro o pedido de diligência requerido pelo autuado, com fulcro no artigo 147 do RPAF/99, pois o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide, inclusive, recalcular o débito, se necessário.

Feitas estas considerações, apresentou no corpo da defesa, os quadros demonstrativos abaixo, para todos os produtos auditados, com as respectivas ponderações sobre os resultados apurados.

GASOLINA ADITIVADA

Para este produto, após as correções foi apurada uma diferença de entradas de 801,41 litros, que foi impugnada pelo autuado como sendo relativa a evaporação. Não deve ser acolhida esta alegação, visto que o autuado não apresentou qualquer documento de prova, o que me leva a convicção de que realmente elas já foram consideradas na auditoria de estoque, tomando por base os números que foram escriturados no LMC pelo contribuinte.

GASOLINA COMUM

Também não acato a justificativa apresenta na defesa para a diferença de 20,66 litros, a pretexto de que deve ser considerado como diferença normal, pois é menos procurada pelos pequenos consumidores de combustíveis em caso especial os proprietários de motos, incluindo essa diferença como saldo de evaporação, pois nada foi apresentado para comprovar esta alegação defensiva.

ÁLCOOL

Neste caso, foi apurada uma diferença de 5.427,92 litros, a qual foi impugnada com base no argumento de que não deve ser considerada a quantidade de 5.000 litros constante na nota fiscal nº 22917 da GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA, por caracterizar bitributação, em razão de que tal documento fiscal foi objeto de exigência fiscal no AI Nº 232895.0003/12-3, lavrado em 28/02/2012, conforme documentos às fls.197 a 200. De fato o referido AI exigiu ICMS em relação à referido nota fiscal, a referida nota fiscal, porém, não é devido excluir do levantamento fiscal tal documento fiscal, pois caberia ao autuado comprovar a origem da diferença apurada apresentando a comprovação de origem da mesma através do documento fiscal respectivo.

ÓLEO DIÉSEL

Foi apurada uma diferença de 13.050 litros a título de entradas sem documento fiscal. Analisando os documentos apresentados na defesa, fls. 190 e 191, verifico que realmente tem razão o autuado no sentido de que não considerado o estoque inicial de 14.309,14 remanescente do exercício anterior e escriturado no livro LMC. Desta forma, deve ser excluído da exigência dos itens em apreciação, os valores de R\$ 3.313,85 e R\$ 1.053,47, resultando no montante de R\$2.228,66 e R\$695,95, a ser mantidos na autuação.

Desta forma, restando caracterizadas diferenças de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável

solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (art.39, V, do RICMS/97), além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido da respectiva MVA.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$2.924,61, conforme demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO DO ÉBITO

| Data Ocor. | Data Venc. | B. de Cálculo | Aliq. (%) | Multa (%) | Vr. do Débito | INF. |
|------------|------------|---------------|-----------|-----------|---------------|----------|
| 28/3/2011 | 9/4/2011 | 13.109,76 | 17 | 100 | 2.228,66 | 3 |
| 28/3/2011 | 9/4/2011 | 4.093,82 | 17 | 60 | 695,95 | 4 |
| TOTAL | | | | | | 2.924,61 |

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 **019358.0602/11-3**, lavrado contra **MACHADO & FILHOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.924,61**, acrescido das multas de 60% sobre R\$695,95 e de 100% sobre R\$2.228,66, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR