

A. I. Nº - 022073.0114/16-0
AUTUADO - COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS CIDADE JARDIM LTDA.
AUTUANTE - DANIEL ANTÔNIO DE JESUS QUERINO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16/09/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0129-03/21-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante, o débito originalmente apontado ficou reduzido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 09/06/2016, refere-se à exigência de R\$57.803,01 de ICMS, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 04.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro 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 estoques em exercícios fechados (2012 e 2013). Valor do débito: R\$44.388,60. Multa de 100%.

Infração 02 – 04.05.09: 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 a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados (2012 e 2013). Valor do débito: R\$13.414,41. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 86 a 100. Comenta sobre a tempestividade da defesa e faz uma síntese do Auto de Infração. Informa que, por uma questão didática, ainda que sejam duas infrações, demonstra, por exercício, a ausência do substrato fático, o que restará por afastar o fato gerador das autuações.

No que tange ao exercício de 2012, alega que duas razões afastam o fato gerador da autuação. Ressalta que, certamente, por força do grande volume de documentos que são submetidos a análise no curso de uma ação fiscal, deixou o autuante de lançar três notas fiscais: NF 839702, emitida em 19/09/2012, referente a 10.000 litros da gasolina comum, lançada na página 20 do LMC. NF 840.808, emitida em 20/09/2012, correspondente a 10.000 litros de gasolina comum, registrada na página 21 do LMC. NF 829.767, emitida em 01/09/2012, referente a 5.000 litros de gasolina comum, registrada na página 02 do LMC.

Diz que as referidas notas fiscais (docs. anexos) totalizam entrada de 25.000 litros de gasolina comum devidamente escriturada (inclusive no LMC e constante do sistema da SEFAZ/BA), do que decorre restar afastada a alegação de omissão de entrada de gasolina comum em 2012.

Alega que a presunção da existência de omissão de entrada de gasolina supra decorre de erro material no LMC que é facilmente constatado. Como bem observado pelo autuante, na descrição do Livro de Movimentação de Combustível às fls. 19/21 do auto, o BICO 02 só funcionou com gasolina comum até 01.11.12, tendo ao final do dia migrado para gasolina supra.

Informa que, por equívoco escusável no lançamento do dado de abertura do BICO 02 com gasolina supra consignou-se não o número do fechamento em 01/11/12 na gasolina comum, mas sim aquele de abertura naquela data com o referido combustível, fazendo presumir que em 01/11/12 não teria havido venda de gasolina comum naquele bico, quando em verdade houve venda de 1.130,40 litros.

Acrescenta que ao funcionar com gasolina comum em 01/11/12, o BICO 02 teve ABERTURA com 223.641,36 e encerramento com 224.771,76 (LMC página 02). Entretanto, quando o BICO 02 migrou para gasolina supra, consignou-se como abertura 223.641,36 (o de abertura e não de encerramento anterior):

Diz que o equívoco material de lançamento é evidente, pois não seria possível que um bico iniciasse com numeração menor que a de encerramento do período anterior. Afirma que esses dados já se encontram nos documentos de fls. 61 e 62 do AI e foi lançado pelo próprio fiscal às fls. 19 (dado de fechamento com G. Comum) e 21 (dado de abertura – equivocadamente inferior – com gasolina supra). Apenas esse dado demonstra que a venda foi, para gasolina supra no Bico 02, 1.130,40 litros menor que a apurada pela fiscalização.

Também alega que novamente a presunção da existência de omissão de entrada de gasolina supra decorre de erro material no LMC que é facilmente constatado. Como observado pelo autuante, na descrição do Livro de Movimentação de Combustível às fls. 19/21 do auto, o BICO 05 só funcionou com gasolina comum até 01.11.12, tendo ao final do dia migrado para gasolina supra.

Afirma que, por equívoco escusável no lançamento do dado de abertura do BICO 05 com gasolina supra, consignou-se não o número do fechamento em 01.11.12 na gasolina comum, mas sim aquele de abertura naquela data com o referido combustível, fazendo presumir que em 01.11.12 não teria havido venda de gasolina comum naquele bico, quando em verdade houve venda de 847,23 litros e aferições de 1.046,75 litros.

Ainda quando funcionando com gasolina comum em 01.11.12, o BICO 05 teve ABERTURA com 493.956,12 e encerramento com 495.850,10 (LMC página 02). Entretanto, quando o BICO 05 migrou para gasolina supra, consignou-se como abertura 493.956,12 (o de abertura e não de encerramento anterior):

Afirma que o equívoco material de lançamento é evidente, pois não seria possível que um bico iniciasse com numeração menor que a de encerramento do período anterior. Diz que esses dados já se encontram nos documentos de fls. 61 e 62 do AI e foi lançado pelo próprio fiscal às fls. 19 (dado de fechamento com G. Comum) e 21 (dado de abertura – equivocadamente inferior – com gasolina supra). Apenas esse dado demonstra que a saída foi, para gasolina supra no Bico 05, 1.893,98 litros menor que a apurada pela fiscalização.

Conclui que, somadas essas duas diferenças decorrentes dos erros materiais de lançamento do número de abertura dos BICOS 02 e 05 de Gasolina Supra em 01.11.12 se constata a ausência de omissões de entrada de gasolina supra.

No que tange ao ano de 2013, diz que os fatos apurados teriam sido omissões de entrada de 6.849l de gasolina comum, 13.345 litros de álcool, 20.625 litros de gasolina supra e 16.999 litros de diesel. Alega que, por duas razões que abaixo afastam o fato gerador da autuação.

Afirma que, certamente, por força do grande volume de documentos que são submetidos à análise no curso de uma ação fiscal, deixou o autuante de lançar nove notas, conforme quadro que elaborou às fls. 91/92: Álcool, NF 1.014.020 de 01/08/13 - 5.000 litros, página 2 do LMC; Diesel, NF 1.019.447 emitida em 12/08/2013 - 5.000 litros, página 13 do LMC; Gasolina Comum NF 918.319, emitida em 01/02/2013 - 10.000 litros, página 2 do LMC; Gasolina Comum, NF 1.014.616, emitida em 02/08/2013 - 15.000 litros, página 3 do LMC; Gasolina Comum NF 1.021.383, emitida em 15/08/2013 - 5.000 litros, página 16 do LMC; Gasolina Comum NF 1.021.384, emitida em 15/08/2013 - 5.000 litros, página 16 do LMC; Gasolina Comum NF 1.021.385, emitida em 15/08/2013 - 5.000 litros, página 16 do LMC; Gasolina Comum NF 1.021.944, emitida em 16/08/2013 - 10.000 litros, página 17 do LMC; Gasolina Comum NF 1.022.794, emitida em 17/08/2013 - 5.000 litros, página 18 do LMC.

Afirma que essas notas fiscais (docs. anexos) totalizam entrada de 5.000 litros de álcool, 5.000 litros de diesel e 55.000 litros de gasolina comum devidamente escriturada (inclusive no LMC e constante do sistema da SEFAZ/BA), mas não lançados na fiscalização.

Ressalta que, por força do grande volume de documentos que são submetidos à análise no curso de uma ação fiscal, restou o autuante por lançar por mais de uma vez algumas notas. Exemplificativamente observa que a Nota Fiscal 981.611 com 15.000 litros de gasolina comum foi lançada na “Auditoria de Estoque - Levantamento Quantitativo das Entradas” por duas vezes, sendo a primeira em sua primeira folha (pg. 14 do AI) e a segunda vez como o primeiro lançamento da segunda folha (fl. 15 do AI). Somente este lançamento importou em adicionar 15.000 litros indevidamente.

Também alega que ao relacionar as NFs o autuante deixou (nas que passaram a se iniciar com 1, em verdade 001) de lançar o último algarismo, esta conferência restou bastante prejudicada, mas a consulta ao sistema SEFAZ-BA enumera todas as notas fiscais, razão pela qual deverá ser novamente apurado este lançamento da “Consulta de Notas Emitidas”. Diz que essa situação afasta, em conjunto com os demais pontos evidenciados na defesa, a presunção de omissão de entradas e, conseqüentemente, a autuação.

Diz que a presunção da existência de omissão de entrada de gasolina decorre de erro material na abertura dos BICOS em 01/10/2013. Informa que na descrição do Livro de Movimentação de Combustível às fls. 24/25 do auto, os BICOS 03, 06, 09, 12, 15, 17 e 18 em 01/09/13 abriram em “0”, vendendo gasolina comum. No mesmo sentido, corretamente descreveu à fl. 26 do auto que os BICOS 02, 05, 08 e 11 em 01/09/13 abriram em “0”, vendendo gasolina supra. Paralelamente, também lançou que em 01/09/13 os BICOS 07, 10, 13 e 16 abriram em “0” vendendo Álcool e os BICOS 01 e 04 abriram na mesma data (01/09/13) em “0”, vendendo Diesel.

Alega que o autuante deixou de observar na sua apuração do LMC, que referidos BICOS, nos quais eram vendidos os combustíveis Álcool, Diesel, Gasolina Comum e Supra, novamente foram zerados em 01/10/2013. Sendo assim, exemplificativamente o BICO 03 que vendia gasolina comum: Bico 03, janeiro, agosto, setembro, outubro. Cita os valores de abertura e fechamento.

Esclarece que era um momento de transição de sistema para atendimento de terminação da SEFAZ, em 01/01/2014. Todos os postos de combustíveis deveriam funcionar com sistema de concentração de bombas, razão pela qual foi necessário por duas vezes, em 01/09/2013 e 01/10/2014, zerar as bombas, estando tudo devidamente registrado no LMC, conforme folhas anexas. Entende que devem ser refeitas as apurações de quantitativo de vendas, considerando a real numeração fechamento de todos os bicos em 30/09/2013 e de abertura de todos os bicos em 01/10/2013.

Também afirma que tendo sido utilizado pelo autuante para apuração do quantitativo de venda de cada bico/combustível entre 01/09/13 a 31/12/2013 a numeração final dos bicos em 31/12/2013, ao não observar que os mesmos foram novamente zerados em 01.10.12 restou por não computar as vendas do mês de setembro.

Diz que anexa tabela constando todos os dados de abertura e encerramento bico a bico, bem assim os valores reais de venda apurados conforme LMC diário. Anexa também as folhas do LMC do período, disponibilizando a esta SEFAZ/BA todos os livros para consulta.

Ressalta que foi necessário zerar, por duas oportunidades, o contador dos bicos das bombas (conforme LMC), pois estando apresentando problemas o novo sistema, foi necessário buscar-se um novo. Acrescenta que esse novo sistema (de 01/10/13) também apresentou um erro quando da virada de outubro/13 para novembro/13, pois deixou de capturar corretamente os fechamentos dos BICOS de 31/10/2013 para lançar na abertura dos BICOS em 01/11/2013.

Diz que tal fato constitui erro material evidente, o qual pode ser constatado da leitura do LMC dos dias de 31/10/2013 e 01/11/2013. Exemplificativamente, novamente transcreve os dados do BICO 03. Sendo assim, o sistema deveria ter lançado na abertura de 01.11.13 o número 11.157,63, eis que o de fechamento em 31/10/2013, mas equivocadamente lançou 28.790,91, o que foi replicado em todos os bicos e combustíveis, fazendo presumir uma saída superior a real.

Nesse cenário, diz que apenas esse equívoco na transposição do número de fechamento (31/10/13) para o de abertura (01/11/13) representou nos BICOS de gasolina comum, supra, álcool e diesel. Entende que, de forma a permitir uma visualização mais didática da situação descrita, consolida a apuração das diferenças decorrentes da inobservância do valor real dos bicos em 01/10/13 (quando novamente zerados) e do erro material de transposição dos dados de fechamento e abertura de 31/10/13 para 01/11/2013.

Conclui que, conjugando-se (I) as omissões de lançamento de notas fiscais de entrada, (II) o lançamento de notas fiscais em duplicidade, (III) a não observância de terem sido zerados os contadores dos bicos em 01/10/13 e (IV) o erro material na transposição do nº de fechamento em 31/10/13 para o de abertura em 01/11/13, conclui-se pela ausência de omissão de entrada, caindo por terra o auto de infração.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, sem exceção, especialmente pela juntada de novos documentos, exibição de livros (LMC), extratos de emissão de notas da SEFAZ/BA, oitiva do autuante e perícia, acaso necessária.

Assegura que não houve omissão de entrada nos exercícios 2012 e 2013, do que decorre a inexistência da alegada falta de recolhimento de tributos, seja na condição de responsável solidário ou de responsável próprio, razão pela qual requer seja acolhida a defesa, com a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 180 a 184 dos autos, dizendo que foi constatado, nos anos de 2012 e 2013, omissão de entrada de mercadorias superior à omissão de saídas. Informa os produtos que foram objeto do levantamento fiscal e faz uma síntese das alegações defensivas.

Diz que as notas fiscais não lançadas e enviadas pelo defendente foram incluídas no novo levantamento fiscal, informando o resultado apurado em relação a cada combustível incluído na apuração efetuada. Quanto às aferições assegura que foram consideradas, conforme fl. 24 deste PAF e que a Portaria 23/85 limita a 20 litros por bico.

Em relação ao exercício de 2013 informa as diferenças apuradas, comenta sobre a inclusão da NF 981511 e as quantidades referentes à abertura e ao fechamento. Considerando as notas fiscais apresentadas após a lavratura do Auto de Infração, informa as diferenças apuradas em relação a gasolina, álcool e diesel. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 199 do PAF esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para o autuante anexar os demonstrativos elaborados com a inclusão das notas fiscais não lançadas originalmente; indicar a base de cálculo e o imposto apurado, relativamente às infrações 01 e 02.

A repartição fiscal intimar o sujeito passivo, fornecendo-lhe, no ato da intimação, mediante recibo, cópias do encaminhamento da diligência e da informação fiscal (fls. 180 a 184), com a indicação do prazo de dez dias para o defendente se manifestar.

O Autuante presta 2ª informação fiscal às fls. 202 a 205. Diz que foram refeitos os demonstrativos referentes aos anos de 2012 e 2013, incluindo as notas fiscais não lançadas e também em relação às notas fiscais em duplicidade.

Quanto ao erro material alegado pelo Defendente, na abertura dos bicos em 01/10/2013, informa que os bicos nos quais eram vendidos os combustíveis álcool, gasolina comum, gasolina aditivada e diesel, foram zerados em 01/10/2013.

Também informa que consta à fl. 30 deste PAF abertura dos bicos em 01/01/2013, e também consta fechamento dos bicos em 31/08/2013. Informa o encerramento em 31/12/2013. Reproduz as alegações defensivas e conclui que acostou os novos demonstrativos referentes aos exercícios fiscalizados.

O defendente apresentou manifestação às fls. 229 a 242 dos autos. Inicialmente, afirma que o Autuante utiliza apenas seis dígitos na indicação das notas fiscais, entretanto, desde longa data as NFs passaram a contar com um sétimo dígito válido. Cita exemplo e pede que seja realizada diligência para serem elaborados os relatórios com a numeração integral das NFs e indicação de datas das mesmas, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Também alega que foi explicitado na defesa inicial, com a juntada de folhas do LMC que houve abertura dos bicos em 01/11/2012, não com o número do fechamento de 31/10/2012, mas com o número de abertura daquele dia, causando distorção na apuração da autoridade, pois inseriu em duplicidade a venda de 31/10/2012.

Cita exemplos e diz que os dados apresentados se encontram nos documentos de fls. 61/62 do PAF e foram lançados pelo próprio fiscal. Afirma que o equívoco material de lançamento é evidente, pois não seria possível que um bico iniciasse com numeração menor que a de encerramento do período anterior.

Quanto ao exercício de 2013, reclama da retirada injustificada de notas fiscais que constaram no relatório inicial da autuação e erro material na abertura e encerramento dos bicos. Também alega injustificada alteração dos números de apuração de entrada de gasolina comum em 2013 e lançamento em duplicidade de notas fiscais de combustíveis, além da troca do tanque de armazenamento de diesel.

Reitera o pedido de produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela juntada de novos documentos, exibição de livros, diligência e perícia.

Terceira informação fiscal foi prestada pelo Autuante às fls. 301 a 309. Quanto ao lançamento de notas fiscais em duplicidade e não lançadas, diz que foram refeitos os demonstrativos de acordo com as notas fiscais acostadas aos autos.

Analisa as divergências apontadas quanto à leitura dos bicos, abertura e encerrantes, informando que anexou novos demonstrativos com as inclusões de notas fiscais, a inclusão das vendas e a retirada de notas fiscais em duplicidade nos exercícios de 2012 e 2013.

Também informa que o Autuado anexou uma Nota Fiscal de nº 5877, de 31/07/2012, correspondente a uma compra de dois tanques de 30.000 litros cada, mercadoria procedente do Estado de Pernambuco, para o ativo fixo, e não houve pagamento da diferença de alíquota. Portanto, resta pagar diferença de alíquota no valor de R\$1.970,40.

O Defendente apresentou nova manifestação às fls. 336 a 344. Repete as alegações quanto à incorreta numeração das notas fiscais e informação de data errada; erro material apontado nas manifestações anteriores; entradas de gasolina que diferem da apuração da própria SEFAZ; erro material dos dados decorrentes da abertura dos bicos. Citou exemplos e elaborou planilhas,

reiterando o pedido de produção de provas, exibição de livros, realização de diligência para que se proceda ao ajuste das apurações.

Quanto ao exercício de 2012, alega que das informações do autuante, não obstante tenha observado erro material sobre o valor de abertura de bicos, diz que o equívoco é evidente porque não seria possível que um bico iniciasse com numeração menor que a de encerramento do período anterior.

Diz que embora tenha reconhecido o erro, que importa na equivocada presunção de vendas de 3.024,86 litros, o Fiscal procedeu a nova soma desse quantitativo no volume das vendas. Pede que o autuante se manifeste sobre essa questão, procedendo à retificação.

Em relação à diferença de alíquota sobre aquisição de tanques de armazenamento em 2012 junto ao Estado de Pernambuco, considerando a data de aquisição, entende que se operou a decadência. Requer, seja declarada a decadência para lançamento de diferença de ICMS sobre aquisição dos referidos tanques.

Sobre o exercício de 2013, alega que a Auditoria de Estoques (fls. 317/321) apurou entradas de Gasolina (comum, supra e podium) que diferem dos dados constantes do próprio sistema da SEFAZ/BA, no campo emissão de Notas Fiscais Eletrônicas.

Diz que não houve qualquer justificativa, mas a Autoridade Fiscal apurou quantitativo significativamente superior ao real, indicando equivocadamente 3.255.478,00 litros de Gasolina Comum; 633.011 litros de Gasolina Supra e 76.442 litros de Gasolina Podium. Diz que se impõe a devolução dos autos ao Autuante para que adeque os dados corretos constantes no sistema da SEFAZ.

Comenta que houve novo erro material dos dados decorrentes da abertura dos bicos em 01/09, 01/10 e 01/11/2013. Indica os valores que considera corretos e pede que o processo seja devolvido ao Autuante para a correta apuração.

Reitera o pedido de produção de todos os meios de prova em direito admitidos; que os autos sejam convertidos em diligência para o Autuante se manifestar, inclusive a correta identificação das Notas Fiscais do exercício de 2013 e pede a improcedência do presente Auto de Infração.

O Autuante prestou 4ª informação fiscal às fls. 368 a 376. Faz uma síntese das alegações defensivas. Informa que em relação ao exercício de 2012, o Defendente alegou que não foram lançadas no levantamento fiscal três notas fiscais referentes a gasolina comum, totalizando 25.000 litros.

No ano de 2013, foi alegado que o Autuante deixou de lançar nove notas fiscais, totalizando 5.000 litros de álcool; 5.000 litros de diesel e 55.000 litros de gasolina comum.

Observa que após considerar as notas fiscais do exercício de 2012, totalizando 25.000 litros de gasolina comum, o que era omissão de entradas tornou-se omissão de saídas. Como as omissões de saídas foram superiores à omissão de entradas, é devida a multa de R\$50,00.

Quanto ao ano de 2013, informa as quantidades correspondentes às compras e vendas por meio dos bicos dos combustíveis, álcool, diesel, gasolina podium, gasolina supra e gasolina comum. Apura o ICMS Normal dos produtos, totalizando R\$59.567,15 e ICMS por antecipação, no valor total de R\$17.789,48.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pela advogada, Dra. Bianca Ferreira Ogando, OAB-BA Nº 63.824.

VOTO

Inicialmente, constato que apesar de não ter sido arguida questão específica de nulidade, o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada

violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

Sobre o pedido apresentado pelo Defendente, para realização de diligência e perícia, em atendimento à diligência encaminhada por esta JJF, foram realizadas revisões pelo Autuante, com a concessão de prazo para o defendente se manifestar, com o fornecimento de cópias dos novos elementos acostados aos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos pelo defendente não foi constatada qualquer dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pela autuante, por isso, indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, as infrações 01 e 02 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que a caracterização dessas infrações foi efetuada mediante levantamento quantitativo de estoques, relacionado à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (combustíveis), sem o devido registro na escrita fiscal, tendo sido utilizados os dados e documentos fornecidos pelo contribuinte.

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro 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 estoques em exercícios fechados (2012 e 2013).

Infração 02: 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 a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados (2012 e 2013).

O autuado alegou, que em relação ao exercício de 2012, deixou o autuante de lançar três notas fiscais: NF 839702, emitida em 19/09/2012, referente a 10.000 litros da gasolina comum, lançada na página 20 do LMC. NF 840.808, emitida em 20/09/2012, correspondente a 10.000 litros de gasolina comum, registrada na página 21 do LMC. NF 829.767, emitida em 01/09/2012, referente a 5.000 litros de gasolina comum, registrada na página 02 do LMC. As referidas notas fiscais totalizam entrada de 25.000 litros de gasolina comum devidamente escriturada, restando afastada a alegação de omissão de entrada de gasolina comum no mencionado exercício de 2012.

O defendente também alegou, que a existência de omissão de entrada de gasolina supra decorre de erro material no LMC que é facilmente constatado. Por equívoco no lançamento do dado de abertura do BICO 02, com gasolina supra, consignou-se não o número do fechamento em 01/11/12, na gasolina comum, mas sim, aquele de abertura naquela data com o referido combustível, fazendo presumir que em 01/11/12, não teria havido venda de gasolina comum naquele bico, quando em verdade houve venda de 1.130,40 litros.

Quanto ao exercício de 2013, alegou que deixou o autuante de lançar nove notas, conforme quadro que elaborou às fls. 91/92. Essas notas fiscais totalizam entrada de 5.000 litros de álcool, 5.000 litros de diesel e 55.000 litros de gasolina comum devidamente escrituradas (inclusive no LMC e constante do sistema da SEFAZ/BA), mas não lançados pela fiscalização.

Portanto, o defendente afirmou equívocos no levantamento fiscal: (i) faltou lançar notas fiscais; (ii) lançou por mais de uma vez algumas notas; (iii) ao relacionar as NFs o autuante deixou (nas que passaram a se iniciar com 1, em verdade 001) de lançar o último algarismo, e esta conferência restou bastante prejudicada; (iv) equívoco na transposição do número de fechamento para o de abertura nos BICOS de gasolina comum, supra, álcool e diesel.

O autuante informou, que os bicos nos quais eram vendidos os combustíveis álcool, gasolina comum, gasolina aditivada e diesel, foram zerados em 01/10/2013. Também informou que consta à fl. 30 deste PAF, abertura dos bicos em 01/01/2013, e também consta fechamento dos bicos em 31/08/2013; e o encerramento em 31/12/2013.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, e acatando as alegações apresentadas pelo defendente na impugnação inicial e manifestações posteriores, o autuante prestou informações fiscais, esclarecendo que foram refeitos os demonstrativos referentes aos anos de 2012 e 2013, incluindo as notas fiscais não lançadas e também e realizados ajustes quanto às notas fiscais em duplicidade.

Após considerar as notas fiscais do exercício de 2012, totalizando 25.000 litros de gasolina comum, o que era omissão de entradas tornou-se omissão de saídas. Como as omissões de saídas foram superiores à omissão de entradas, entendeu ser devida a multa de R\$50,00.

Observo que o autuado tem como atividade o comércio de combustíveis, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação, sendo inadequado se exigir imposto por omissão de saídas dessas mercadorias, haja vista que, ocorrido o pagamento do imposto por antecipação, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias. Portanto, em relação à gasolina comum, no exercício de 2012, não ficou comprovada a existência de ICMS a ser recolhido.

Como foi exigido o imposto também em relação à gasolina supra, e a alegação defensiva reconhecendo que houve erro material no LMC, sem qualquer comprovação de que foi retificado antes da ação fiscal, permanece inalterado o débito apurado.

Se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado, por meio dos seus livros fiscais, a correção de tais informações é de responsabilidade do contribuinte e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros antes da ação fiscal.

Quanto ao ano de 2013, o autuante acatou as alegações defensivas, procedendo aos ajustes em relação às notas fiscais alegadas e quanto aos bicos, informou as quantidades correspondentes às compras e vendas por meio dos bicos dos combustíveis, álcool, diesel, gasolina podium, gasolina supra e gasolina comum. Apurou o ICMS Normal dos produtos, totalizando R\$59.567,15 e ICMS por antecipação, no valor total de R\$17.789,48.

Observo que no levantamento originalmente efetuado, foram apuradas diferenças em relação à Gasolina Comum, Álcool, Gasolina Supra e Diesel. Portanto, a Gasolina Podium foi incluída pelo autuante quando realizou a revisão fiscal.

Constato que houve agravamento em virtude do aumento do valor do débito apurado, além da inclusão da Gasolina Podium, e, considerando que no julgamento é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, neste caso, deve ser mantida a parcela relativa ao valor lançado originariamente, com a exclusão dos valores correspondente ao mencionado combustível.

A repartição fiscal de origem pode instaurar novo procedimento fiscal, podendo também, preliminarmente, intimar o contribuinte a recolher espontaneamente o débito correspondente à diferença encontrada.

O Autuante informou que o Autuado anexou uma Nota Fiscal de nº 5877, de 31/07/2012, correspondente a uma compra de dois tanques de 30.000 litros cada, mercadoria procedente do Estado de Pernambuco, para o ativo fixo, e não houve pagamento da diferença de alíquota. Portanto, resta pagar diferença de alíquota no valor de R\$1.970,40.

Quanto à possibilidade de mudança no fulcro da autuação, tal mudança, não é admitida no lançamento tributário, haja vista que, depois de realizado o lançamento e se conclui que existe

outro fato, além daquele imputado ao sujeito passivo, a exigência do tributo deve ser realizada mediante nova ação fiscal, considerando que a irregularidade citada pelo autuante não constou no lançamento original.

Nas informações fiscais o Autuante esclareceu e retificou os equívocos apontados pela defesa, sendo apurados novos valores. As irregularidades apontadas estão conforme conclusões a seguir:

- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 01), conforme art. 15, inciso I, alínea “a” Portaria 445/98.
- É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda se encontravam em estoque (Infração 02), conforme art. 10, inciso I, alínea “b” Portaria 445/98.

Acato os novos cálculos apresentados na última informação fiscal do Autuante, e concluo pela subsistência parcial do presente lançamento, no valor total de R\$42.584,82. conforme quadro abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	INFRAÇÃO 01	INFRAÇÃO 02	
30/12/2012	1.407,44	417,44	
28/12/2013	6.848,90	2.177,26	
29/12/2013	14.590,13	4.327,38	
30/12/2013	5.071,10	1.607,03	
31/12/2013	4.734,03	1.404,11	DÉBITO TOTAL
TOTAL	32.651,60	9.933,22	42.584,82

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **022073.0114/16-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS CIDADE JARDIM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$42.584,82**, acrescido das multas de 60% sobre R\$9.933,22, e 100% sobre R\$32.651,60, previstas no art. 42, inciso II, alínea “d”, e inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA