

PROCESSO - A. I. Nº 294888.0035/03-2
RECORRENTE - ORGANIZAÇÕES FAHNING LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0258-03/04
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 10/11/2004

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0369-11/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, além do imposto devido na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. EXTRAVIO. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração caracterizada. Rejeitado o pedido de diligência. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em foco foi lavrado em 22/12/03, para exigir o ICMS no valor de R\$182.371,94, acrescido das multas de 60% e 70%, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$7.360,00, em decorrência de:

Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (2002 e 2003); - R\$98.022,87.

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 de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2002 e 2003) – R\$84.349,07.

Extravio de livros fiscais – multa de R\$2.760,00.

Extravio de Documentos Fiscais – multa de R\$4.600,00.

O Auto de Infração ainda relata: “*A empresa deixou de apresentar a documentação constante de intimação anexa, datada de 14/10/03, declarando em requerimento protocolado sob nº 577991/2003-3 em 01/12/03 que foram destruídos em incêndio ocorrido no depósito em 16/10/2003, conforme ocorrência policial anexa, impedindo o levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 1998 a 2000, respectivamente*”.

O autuado apresenta impugnação às fls. 164 a 168, inicialmente dizendo que se tratando de combustíveis, a responsabilidade pelo pagamento do imposto, devido por substituição tributária, é da distribuidora. Quanto à omissão detectada pelo Autuante, relativa ao produto gasolina, afirma não ter ocorrido, alegando que as aquisições de gasolina aditivada no ano de 2002, e relacionadas na ação fiscal, foram acondicionadas em tanques de gasolina comum e revendidas como gasolina comum. Informa que tal prática é constante em postos revendedores e que foi escriturado dessa forma no livro de Movimentação de Combustíveis. Apresenta demonstrativos (fls. 166 e 167) nos quais constam algumas notas fiscais de entradas de gasolina comum e álcool, relativas ao exercício de 2002, dizendo que as mesmas não foram consideradas pelo Autuante. Aponta, ainda, diversas notas fiscais de entradas, relativas ao exercício de 2003, afirmando que as mesmas também não foram consideradas no levantamento fiscal. Ao final, requerendo a juntada posterior de documentos, além dos ora anexados, pede que o Auto de Infração seja julgado Improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 214 a 217), diz que as notas fiscais mencionadas pelo autuado em sua defesa não foram apresentadas por ocasião da intimação, e que grande parte das que foram anexadas posteriormente ao processo, se tratam de xerox das 3^{as} e 4^{as} vias ou não foram escrituradas no livro Registro de Entradas do contribuinte, o que suscita dúvidas quanto ao verdadeiro destino das mercadorias. Ressalta que, por ocasião da informação fiscal, intimou novamente o autuado a apresentar as notas fiscais originais (fl. 232), sendo que o mesmo só apresentou os originais daquelas que foram entregues quando da fiscalização que originou o Auto de Infração. Quanto à argumentação do sujeito passivo de que a gasolina aditivada fora vendida como gasolina comum, entende que tal fato caracteriza a saída de mercadoria diversa daquela adquirida para comercialização. Acrescenta que apesar das notas fiscais de gasolina aditivada estarem lançadas no LMC nº 2 de gasolina comum, existem desencontros entre o tanque de descarga do LMC e as observações efetuadas pelo contribuinte nas notas fiscais quando da descarga do combustível (fls. 252 a 259). Afirma, ainda, que o autuado não apresentou toda a documentação, inclusive, o LMC de gasolina aditivada. Acata as notas fiscais que foram apresentadas em 1^a via e que foram devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas, elaborando novos demonstrativos (fls. 219 a 231) e reduzindo o valor do imposto exigido para os produtos em exame de acordo com o demonstrativo à fl. 218.

O autuado em nova manifestação às fls. 263 e 264, alega que as notas fiscais originais não foram apresentadas em virtude de terem sido queimadas em incêndio ocorrido na empresa, conforme certidão policial à fl. 266, e comunicado à Inspetoria em 01/12/03 (fl. 265). Informa que só foi possível anexar ao processo, cópias das 3^{as} e 4^{as} vias, obtidas junto aos fornecedores. Diz que estando o LMC previsto no RICMS, o Autuante deveria ter verificado se as notas fiscais questionadas estão devidamente escrituradas. Entende que a falta de escrituração das notas fiscais no livro Registro de Entradas não gera cobrança de imposto, mas somente penalidade por descumprimento de obrigação acessória. Em relação à venda de gasolina aditivada como gasolina comum, diz ser uma prática legal e que beneficia o consumidor que adquire um produto de melhor qualidade com preço mais barato. Ao final, ratifica o pedido pela improcedência do Auto de Infração.

A 3^a Junta de Julgamento Fiscal (3^a JJF) julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, em virtude, dentre outras razões, de ter acolhido a correção no cálculo do imposto devido, realizada pela autuante.

O relator da 3^a JJF entendeu que deve ser exigido o pagamento do ICMS por responsabilidade solidária, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Ainda verificou que assiste razão ao autuado apenas no que diz respeito às notas fiscais que foram posteriormente acostadas aos autos em 1^a via e que foram devidamente escrituradas em livro próprio, corroborando, por fim, na elaboração dos novos demonstrativos de débitos, realizada pela autuante, em vista dos documentos fiscais hábeis acostados.

Ratifica a postura da autuante em não considerar, em seu levantamento, as notas fiscais apresentadas pelo autuado em 3^{as} e 4^{as} vias sob a alegação de que foram queimadas em incêndio ocorrido na empresa. Assim, o relator não pôde considerar as entradas de mercadorias pelo fato de que o autuado não possui a documentação hábil para comprovar a efetiva aquisição dos produtos em questão.

Quanto à afirmação de que as quantidades e tipos de combustível não foram descarregados nos tanques correspondentes, tal argumentação não foi atendida pelo Relator, haja vista não ter sido sustentada por qualquer documentação comprobatória.

Irresignado, o autuado interpõe Recurso Voluntário impugnando a Decisão da 3^a JJF, argumentando que discorda das dúvidas suscitadas sobre a sua idoneidade quanto ao desaparecimento da documentação fiscal, já que se encontram escrituradas nos respectivos livros fiscais e nos LMC, assim como presente na Ocorrência Fiscal.

Além disso, discorda dos seguintes pontos: do julgamento da 3^a JJF, por este demonstrar a aceitação dos termos da Informação Fiscal da autuante; da afirmação de desencontro entre tanques de descarga do LMC e das observações feitas, devido à falta de documentação comprobatória; e das multas impostas nos itens 3 e 4 da autuação fiscal.

Por fim, o autuado requer que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidos em direito, indicando, inclusive, a juntada posterior de documentos, bem como o julgamento pela improcedência do Auto de Infração em comento.

Sendo distribuído o presente feito a um dos representantes da PGE/PROFIS, foi dado o Parecer no sentido de dar conhecimento e Não Provimento ao Recurso Voluntário interposto, pelo fato das razões recursais terem sido insuficientes para alterar a Decisão recorrida.

Dessa forma, passo ao voto.

VOTO

Primeiramente, há que se salientar que o presente voto irá se delimitar a contra-argumentar as discordâncias explicitadas pelo recorrente em sua peça recursal, para ao final, por possuir entendimento semelhante ao seguido pela 3^a JJF e por apoiar o Parecer emitido pela representante da PGE/PROFIS, julgar pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

De antemão, vale ressaltar que a legislação tributária prevê (art. 39, V, RICMS/97) que se constatando diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias ainda fisicamente em estoque ou que tenham saído sem a emissão de notas fiscais, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

Logo, considero descabida a alegação do autuado de que o imposto em suas aquisições foi pago pelo distribuidor, tendo em vista que o levantamento quantitativo em comento apontou a existência de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária desacompanhadas da documentação correspondente, devendo responder solidariamente pelo imposto normal e o antecipado, pois o mesmo não comprovou o pagamento em tais aquisições.

Quanto à discordância do recorrente relativa às dúvidas sobre sua idoneidade, não assiste razão, pois os documentos e argumentações apresentados não têm o condão de elidir o lançamento fiscal. Em relação às notas fiscais, cujos originais ou 1^{as} vias não foram apresentadas, sob alegação de que foram queimadas em incêndio ocorrido na empresa, entendo que acertadamente o autuante não as considerou em seu levantamento, haja vista que a ação fiscal se iniciou no dia 14/10/03 (Intimação para apresentação de livros e documentos - fl. 6) e a certidão policial, à fl. 266, comunicando o sinistro foi feita em 16/10/03, o que suscita dúvidas sobre a idoneidade no desaparecimento dos referidos documentos. Ademais, não consta na referida certidão policial a discriminação dos documentos que foram efetivamente perdidos. Portanto, não possuindo o

recorrente a documentação hábil para comprovar a efetiva aquisição dos produtos em questão, as respectivas entradas não podem ser consideradas.

Há que se corroborar com o entendimento da 3^a JJF no sentido de aceitar a reformulação do demonstrativo de débito, diminuindo o montante geral do imposto a ser pago pelo recorrente. Não devendo prosseguir a discordância do recorrente neste ponto.

Em relação à discordância do recorrente sobre a informação de desencontro entre tanques de descarga do LMC e as observações feitas pelo relator da 3^a JJF relativas à falta de documentação comprobatória, não há que ser levada em consideração. Isso porque, quanto à afirmação do sujeito passivo de que as quantidades e tipos de combustível constantes de algumas notas fiscais não foram devidamente descarregados nos tanques correspondentes, tal argumentação não foi sustentada por qualquer documentação comprobatória, e pelo que dispõe o art. 142, do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Ademais, apesar das notas fiscais de gasolina aditivada estarem lançadas no LMC nº 2 de gasolina comum, existem desencontros entre o tanque de descarga do LMC e as observações efetuadas pelo contribuinte nas notas fiscais quando da descarga do combustível (fls. 252 a 259).

Destarte, diante de todo o exposto até o momento, não há necessidade de encaminhamento dos autos para a realização de diligência fiscal, como requer o ora recorrente.

No que diz respeito às infrações 3 e 4, há que entendê-las devidas, em razão do extravio de livros fiscais e da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios.

Diante de tudo o que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo os valores apresentados pela 3^a JJF de acordo com o demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO	D. OCORRÊNCIA	B. DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	MULTA	VALOR EM REAL
1	31/12/02	538.889,83	17%	70%	91.611,27
1	14/10/03	12.176,59	17%	70%	2.070,02
2	31/12/02	472.506,83	17%	60%	80.326,16
2	14/10/03	6.947,83	17%	60%	1.181,13
3	14/10/03			2.760,00	
4	14/10/03			4.600,00	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 294888.0035/03-2, lavrado contra ORGANizações FAHNING LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$175.188,58, acrescido das multas de 60% sobre R\$81.507,29 e 70% sobre R\$93.681,29, previstas no art. 42, II, “d” e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de R\$7.360,00, previstas no art. 42, XIV e XIX, da lei supracitada.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

ROSA MARIA DOS SANTOS GALVÃO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS