

A. I. N° - 294888.0034/03-6
AUTUADO - ORGANIZAÇÕES FAHNING LTDA.
AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 15.07.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 00552/01-04

EMENTA. ICMS. NULIDADE. PROCEDIMENTO FISCAL INCOMPATÍVEL COM A NATUREZA DOS FATOS MATERIAIS. Autuação efetuada em desacordo com as rotinas usuais da fiscalização, implicando desvirtuamento da natureza da imputação. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/12/03, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (1999 a 2003), sendo lançado imposto no valor de R\$ 159.946,39, com multa de 70%;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS] por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, fato constatado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (1999 a 2003), sendo lançado imposto no valor de R\$ 51.334,57, com multa de 60%;
3. extravio de documentos fiscais [descumprimento de obrigação acessória], sendo aplicada multa de R\$ 4.600,00.

O autuado apresentou defesa negando os cometimentos que lhe foram imputados. Diz que a gasolina aditivada adquirida no ano de 2002 foi revendida como gasolina comum, prática que alega ser constante, por razões promocionais. Especifica Notas Fiscais de entradas que não teriam sido computadas pela autuante no levantamento. Quanto à diferença de gasolina comum verificada no exercício de 2003, assegura que não está correto o levantamento, pois a auditora deixou de levar em conta várias Notas Fiscais de compras, que especifica. Diz que também não há diferença de óleo diesel comum nos anos de 2002 e 2003, pois não foram contempladas no levantamento fiscal várias Notas Fiscais, cujos números indica. No tocante à diferença relativa a gasolina aditivada no exercício de 2000, argumenta que tal diferença não se justifica, haja vista que, de acordo com o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), o fechamento do encerrante do bico 5 do tanque 5 é de 40.969,9 litros de gasolina aditivada, e a abertura do encerrante do bico 7 do tanque 5 é de 115.593 litros. Demonstra como fica o estoque da gasolina aditivada no exercício de 2000, feitas as correções. Quanto à diferença de álcool nos exercícios de 2002 e 2003, também ficaram de fora do levantamento várias Notas Fiscais de compras, que indica. Diz que também não houve diferença de gasolina comum no exercício de 1999, pois a auditora deixou de computar uma Nota Fiscal, cujo número indica, e computou erroneamente a quantidade de gasolina de outra Nota Fiscal. Juntou comprovantes. Pede que o Auto de Infração

seja julgado improcedente.

A auditora responsável pelo procedimento prestou informação dizendo que as Notas Fiscais a que o autuado se refere não foram apresentadas quando da intimação fiscal, somente vindo a serem exibidas na defesa, sendo que grande parte é constituída de 3^{as}. e 4^{as}. vias dos documentos, o que a seu ver suscita dúvidas sobre o verdadeiro destino das mercadorias. Aduz que alguns documentos não estão escriturados no Registro de Entradas, e por isso não foram consideradas no levantamento fiscal. Diz que intimou a empresa para apresentar os documentos originais, porém somente foram apresentadas as Notas Fiscais que haviam sido entregues quando da fiscalização.

A auditora diz que não aceita a alegação de que a gasolina aditivada foi vendida como gasolina comum. Relativamente à gasolina comum, diz que não considerou as Notas Fiscais 4450, 4435, 4410, 53826 e 53895, porque não foram apresentadas quando da intimação para fins de fiscalização, somente sendo anexadas à defesa cópias reprográficas das 3^{as}. e 4^{as}. vias, e os documentos não estão lançados no Registro de Entradas do ano de 2002, com ressalva quanto à Nota Fiscal 4410, que, apesar de se encontrar escriturada, não foi apresentada, nem está anexada à defesa.

Com relação às Notas Fiscais de gasolina comum, no exercício de 2003, as mesmas não foram apresentadas quando da fiscalização, e foram anexadas apenas cópias de 3^{as}. vias das Notas Fiscais 55932, 55983, 55982, 55984, 55991, 56268 e 56269, que não estão sendo consideradas, sendo que aceita as Notas Fiscais 60643, 60744, 60779, 60923, 61089 e 61123, por estarem escrituradas no Registro de Entradas, além de serem apresentadas as 1^{as}. vias, relativamente a 2003. Já em relação às Notas Fiscais 61246, 61412, 61445 e 61447, não estão sendo consideradas, tendo em vista que, apesar de terem sido anexadas cópias das 1^{as}. vias, os documentos não estão escriturados no Registro de Entradas no exercício de 2003.

Em relação ao levantamento de óleo diesel comum no exercício de 2002, diz que está sendo considerada a Nota Fiscal 153, porque está lançada no livro de entradas; não será considerada a Nota Fiscal 53894, porque foi apresentada a 3^a. via e não foi escriturada no Registro de Entradas de 2002; também não estão sendo consideradas as Notas Fiscais 53122 e 54441, pois não foram anexadas à defesa e não constam no Registro de Entradas. No caso do exercício de 2003, estão sendo consideradas as Notas Fiscais 60976, 60983, 61090 e 61124, pois foram apresentadas as 1^{as}. vias, estando os documentos escriturados; não estão sendo considerada as Notas Fiscais 55535 (não anexada pela defesa, nem escriturada), 55987, 55985, 55983, 55992, 56274, 56276, 60644, 60778, 60807 e 60947 (constam apenas as 3^{as} vias), 61247, 61444 e 61449 (apesar de terem sido anexadas as 1^{as}. vias, os documentos não foram escriturados no Registro de Entradas).

Quanto à gasolina aditivada no exercício de 2000, a auditora considera que teria havido rasuras no LMC, dizendo lamentar que as cópias reprográficas não permitam provar a alegada rasura, pois foi passado corretivo nos campos dos encerrantes.

Quanto ao levantamento de álcool, no exercício de 2003, a auditora informa que não estão sendo consideradas as Notas Fiscais 55986, 60531, 60925 e 61312, porque foram apresentadas as 3^{as}. vias. Relativamente ao exercício de 2002, não são consideradas as Notas Fiscais 4406 (a defesa não juntou cópia), 4131, 4787 e 53825 (foram anexadas 3^{as} e 4^{as} vias).

No caso da gasolina comum do exercício de 1999, não está sendo considerada a Nota Fiscal 27168 porque foi anexada a 3^a via e não apresentou o Registro de Entradas daquele ano. Foi retificado o erro quanto à Nota Fiscal 30027.

Aduz que foram retificadas as planilhas relativas à gasolina comum, para ajustar a média do valor unitário para o valor médio do último mês de aquisição, e a planilha de resumo do imposto, por haver erro de fórmulas que influenciaram a totalização do tributo devido. Também foram revistas as planilhas de gasolina comum dos exercícios de 1999 e 2003, e de diesel comum dos

exercícios de 2002 e 2003.

Dada ciência dos novos elementos ao sujeito passivo, este ingressou com instrumento aditivo, explicando que em relação a alguns documentos não dispõe dos originais porque os mesmos foram destruídos num incêndio, conforme certidão da ocorrência policial, anexa. Aduz que as cópias das 3^{as} e 4^{as} vias foram obtidas junto aos fornecedores. Alega que o corretivo passado nos campos dos encerrantes do LMC não constitui adulteração, e a auditora poderia fazer a verificação através da seqüência da escrituração, de modo a apurar se houve ou não rasura que justifique indício de adulteração. Acentua que, sendo o LMC um livro fiscal previsto na legislação, a auditora deveria ter verificado se as Notas Fiscais anexadas como prova estão escrituradas no aludido livro. Argumenta que a falta de lançamento de documentos fiscais no Registro de Entradas não implica cobrança de imposto, mas fato passível de multa. Considera que não cabe ao fisco dizer se a empresa pode ou não vender gasolina aditivada como sendo gasolina comum. Reitera o pedido de improcedência dos lançamentos em discussão.

Foi dada ciência do pronunciamento do sujeito passivo à fiscal autuante.

O processo foi submetido à apreciação desta 1ª Junta, na pauta suplementar do dia 7/6/04, concluindo-se que o mesmo se encontra em condições de ser julgado.

VOTO

O item 1º do Auto de Infração trata da cobrança de ICMS apurado através da auditoria de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (gasolina, óleo diesel e álcool carburante) em exercícios findos (1999 a 2003). O imposto foi lançado com fundamento na presunção da ocorrência de operações de saídas anteriores de mercadorias tributáveis. Ocorre que, pelos elementos que sobressaem dos autos, trata-se de um posto de combustíveis. Sendo assim, que mercadorias “tributáveis” seriam essas, considerando-se que, via de regra, praticamente tudo o que um posto de combustíveis vende tem o imposto pago por antecipação?

A presunção legal em que se baseou a autuante (RICMS/97, art. 2º, § 3º), justamente por ser uma presunção (presunção relativa), não se aplica em face de situações como esta, em que a presunção é elidida pela realidade óbvia, dada a natureza dos negócios do contribuinte. O que se pode presumir neste caso é que realmente a empresa efetuou os pagamentos das entradas não declaradas com receitas decorrentes de vendas de combustíveis anteriormente realizadas e também não declaradas, porém, estando encerrada a fase de tributação das revendas de combustíveis, nos termos do art. 356 do RICMS/97, não há imposto a ser lançado.

A auditora efetuou um trabalho de rotina, porém chegou a conclusões equivocadas, “data vênia”, diferentemente dos demais Autos de Infração que têm chegado a este Conselho envolvendo situações desse gênero. O lançamento do imposto deveria ter sido feito não a título de presunção de omissão de vendas, mas sim relativamente ao imposto das operações de compra, atribuindo ao adquirente a condição de responsável solidário, por adquirir mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago em operações anteriores.

Não posso, no julgamento, modificar o teor da imputação fiscal. O lançamento do item 1º é nulo, nos termos do art. 18, IV, do RPAF.

Em face disso, nulo é também o 2º item, já que tem por supedâneo o 1º.

O 3º item diz respeito a multa por extravio de documentos fiscais. De acordo com o art. 42, XIX, da Lei nº 7.014/96, a multa nesse caso é calculada em função da quantidade de documentos

extraviados. A auditora não demonstrou de que modo foi calculada a multa. Não declarou quantos documentos foram extraviados. A infração ocorreu, tanto assim que o próprio contribuinte declarou. Mas, não sendo informado pela autuante quantos foram os documentos sinistrados, o valor da multa torna-se ilíquido. É, por conseguinte, nula a pena aplicada, nos termos do art. 18, IV, do RPAF.

A repartição fiscal verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento, podendo o contribuinte, antes de nova ação fiscal, sanar quaisquer irregularidades porventura existentes, inclusive mediante denúncia espontânea.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **294888.0034/03-6**, lavrado contra **ORGANIZAÇÕES FAHNING LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1º, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA