

A.I. N.º - 294888.0035/03-2
AUTUADO - ORGANIZAÇÕES FAHNING LTDA.
AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 26.07.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0258-03/04

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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide 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:

1. Falta de recolhimento do imposto, 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 por espécie de mercadorias, em exercício fechado (2002 e 2003); - R\$98.022,87.
2. 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.
3. Extravio de livros fiscais – multa de R\$2.760,00.
4. 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 02 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.

VOTO

Trata o presente Auto de Infração de exigência de penalidades fixas por extravio de livros e documentos fiscais, além de ICMS em decorrência de irregularidades constatadas em levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado, de acordo com os demonstrativos acostados ao PAF às fls. 11 a 15, 26 a 32, 42 a 49 e 58 a 59, tendo sido identificadas diferenças de quantidades de entradas dos produtos álcool hidratado, gasolina e diesel adquiridas pelo sujeito passivo sem a competente documentação fiscal. Nestas condições, deve ser exigido o pagamento do imposto por responsabilidade solidária, bem como também o imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

Verifica-se que o preposto fiscal apurou as quantidades relativas às saídas, estoque inicial e final, de álcool hidratado, gasolina e diesel, através do livro de Movimentação de Combustível – LMC (fls. 16 a 25, 33 a 41 e 50 a 57), instituído pelo Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), conforme modelo por ele aprovado, que se destina ao Registro Diário das Operações de Combustíveis. O referido livro é obrigatório, e sua escrituração tem valor probante, conforme Ajuste SINIEF 1/92 e o art. 314, V, do RICMS/97.

O autuado, em sua defesa, alegou que a responsabilidade pelo pagamento do imposto, devido por substituição tributária, é da distribuidora. Quanto à omissão apurada relativa ao produto gasolina, afirmou não ter ocorrido, dizendo que a diferença decorreu de aquisições de gasolina aditivada no ano de 2002, e relacionadas na ação fiscal, que foram acondicionadas em tanques de gasolina comum e revendidas como tal. Apontou, ainda, diversas notas fiscais de entradas, relativas aos exercícios de 2002 e 2003, afirmando que as mesmas não foram consideradas no levantamento fiscal.

Da análise acerca dos elementos que compõem o PAF, verifica-se que assiste razão ao autuado apenas no que diz respeito às notas fiscais de entradas que foram posteriormente acostadas aos autos em 1ª via, e que foram devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas, no período fiscalizado. Tal fato, inclusive, foi acatado pelo autuante que elaborou novos demonstrativos (fls. 219 a 231), reduzindo o valor do imposto exigido nas infrações 1 e 2 de acordo com o demonstrativo à fl. 218, com o qual concordo.

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

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 02 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).

Vale ainda frisar que, na situação em análise, o autuado é um posto de gasolina e, como tal, recebe o álcool hidratado, gasolina e diesel com o imposto já antecipado pela empresa distribuidora de combustíveis, consoante o artigo 512-A, do RICMS/97, que estabelece que “são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com álcool etílico hidratado para fins carburantes, na condição de sujeito passivo por substituição, os distribuidores de combustíveis, como tal definidos e autorizados pelo órgão federal competente”.

Entretanto, como foi apurado pelo preposto fiscal, por meio de levantamento de estoques, que o autuado havia adquirido os produtos em tela sem a correspondente nota fiscal de origem, foi exigido corretamente o ICMS, por responsabilidade solidária, tanto em relação ao imposto de apuração normal, quanto aquele devido em razão da substituição tributária, descabendo a alegação defensiva de que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto seria exclusiva do fornecedor.

No que diz respeito às infrações 3 e 4, não houve contestação por parte do sujeito passivo, o que implica no reconhecimento tácito do cometimento das mesmas.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, mantendo as exigências das infrações 3 e 4, e reduzindo os valores exigidos nas infrações 1 e 2 de acordo com o demonstrativo abaixo:

Infração	Data 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 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **294888.0035/03-2**, lavrado contra **ORGANIZAÇÕES FAHNING LTDA**, devendo ser intimado o autuado 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 supra citada.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA