

A.I. Nº - 269094.0113/04-4
AUTUADO - POSTO IMPACTO DE COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTES LTDA.
AUTUANTE - EMÍLIO ALVES DE SOUZA FILHO
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 28.12.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0514-03/04

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. **a)** EXTRAVIO. MULTA. Infração não elidida. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DIESEL. Deve-se exigir o pagamento do imposto do contribuinte atribuindo-se-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, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/09/04, exige imposto no valor de R\$17.493,15 e multas de 60% e 70% além de multa de R\$3.400,00 relativo as seguintes infrações:

01. Multa de R\$2.760,00 pelo extravio dos Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC) de Álcool, Gasolina e Diesel.
02. Multa de R\$640,00 relativa a não apresentação, após três intimações dos livros fiscais LMC de Álcool, Gasolina e Diesel.
03. 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto de R\$15.660,83.
04. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo do valor acrescido, com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto de R\$1.832,32.

O autuado na defesa apresentada às fls. 42 a 46, preliminarmente esclarece que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento do autuado sem que fosse dada a oportunidade de apresentar

as devidas justificativas e, que no seu entendimento deixa de existir a autuação pela falta de constatação do descumprimento das obrigações previstas na legislação tributária.

Alega que no presente caso não foi intimado para prestar os esclarecimentos necessários às causas que deram motivos à falta de recolhimento do imposto pelas diferenças constatadas pela fiscalização e que tal procedimento vai de encontro ao princípio do contraditório assegurado pela Constituição Federal.

Diz que não tendo sido facultado prestar os esclarecimentos devidos e “... a falta de uma análise detalhada da documentação que ora anexa a presente, onde comprova através dos documentos anexos, os equívocos existentes que culminaram com a lavratura do Auto de Infração.”

Quanto ao mérito, alega que tendo sido furtados 17 livros LMC do seu estabelecimento (fl.47), não pode ser apenado com pesadas multas, tendo em vista que os referidos livros foram extraviados contra sua vontade, o que no seu entendimento “isenta totalmente a autuada da responsabilidade perante o FISCO...”, motivo pelo qual roga pela improcedência da infração 01.

Quanto às infrações 03 e 04, falta de pagamento do ICMS na condição de responsável solidário e falta de pagamento do imposto por antecipação, diz que tais infrações não ocorreram, tendo em vista que em se tratando de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o imposto fora pago de forma antecipada, fato não observado pelo autuante.

Pondera que exerce atividades mercantis há vários anos sem que tivesse sido autuado e que se não julgada a autuação improcedente tal fato levará ao encerramento de suas atividades causando o desemprego de diversas famílias que dependem da empresa.

Conclui requerendo a improcedência da autuação por inexistência de causas legais.

O autuante presta informação fiscal (fl. 49 a 52), discorre sobre os argumentos apresentados na defesa e diz que não pode prosperar a alegação do autuado de que não foi intimado tendo em vista que conforme documentos das fls. 06, 08 e 09, o mesmo deixou de atender às intimações e que na defesa ora apresentada não trouxe ao processo nenhum elemento novo, o que implica em simples negativa de cometimento da infração.

Quanto ao mérito diz que em relação ao extravio de livros, tal fato ocorreu no ano de 2001 (fl. 07) e que livros fiscais com escrituração ulterior àquela data não foram apresentados à fiscalização. Ressalta, que, após o advento de fiscalizações em postos de combustíveis constata-se diversas ocorrências de extravios de livros LMC.

Afirma que a penalidade aplicada pela falta de apresentação dos livros se refere ao período posterior ao da data de 24/09/2001 em que os livros foram supostamente roubados e que mesmo sendo intimado regularmente por três vezes o autuado não atendeu às intimações.

Assevera que a alegação do autuado de que não é cabível a exigência do imposto por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária não se aplica pelo fato de que foi apurado omissão de entrada e exigido o imposto por responsabilidade solidária pela aquisição do produto sem documentação fiscal.

Finaliza dizendo que caberia ao autuado produzir prova de suas alegações o que não foi feito, motivo pelo qual mantém a autuação.

VOTO

Quanto à alegação de que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento e conduz a sua nulidade, não pode ser acatada, tendo em vista que o art. 39, § 1º do RPAF/99 prevê que o mesmo pode ser lavrado fora do estabelecimento, conforme abaixo transcrito:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

...

§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Também não pode ser acatada a negação da preliminar de cerceamento de direito de defesa alegada por falta de intimação para apresentação de esclarecimentos prévios acerca das infrações apurada, tendo em vista que, primeiro não há previsão legal para tal procedimento e segundo, o contribuinte dispôs do prazo legal de 30 (trinta) dias para apresentar sua impugnação.

Quanto ao mérito, a alegação do autuado de que teve seus livros LMC furtados do seu estabelecimento, não pode ser acatada, tendo em vista que conforme disposto no inciso II do art. 146 do RICMS/97, que transcrevo abaixo, cabe ao autuado comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas.

Art. 146. Nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a:

I - comunicar o fato à Inspetoria Fazendária, dentro de 8 dias;

II - comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo.

§ 1º Se o contribuinte deixar de atender ao disposto neste artigo ou se, intimado a fazer a comprovação a que alude o inciso II, se recusar a fazê-la ou não puder efetuar-la, e, bem assim, nos casos em que a mesma for considerada insuficiente ou inidônea, o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrado pelo fisco, pelos meios a seu alcance, deduzindo-se, para efeito de apuração da diferença do imposto, se for o caso, os créditos fiscais e os valores recolhidos, quando efetivamente comprovados pelo contribuinte ou pelos registros da repartição fazendária.

Portanto, a queixa policial apresentada comprova o extravio dos livros que estavam sob a sua guarda, o que caracteriza a infração. Observo que não foi exigido na autuação nenhum imposto relativo às operações mercantis praticadas durante o período em que os livros foram extraviados, o que poderia ter sido feito através de arbitramento. O que está sendo exigido nesta infração é a multa de R\$920,00 por livro extraviado, nos termos do art. 42, XIV da Lei nº 7.014/96, e o seu extravio não isenta da multa que foi corretamente aplicada. Portanto, subsiste a infração.

No que se refere à infração 02, falta de apresentação de livros LMC, o autuado não se manifestou, o que implica em reconhecimento tácito da infração, portanto também é procedente.

Quanto às infrações 03 e 04, falta de pagamento do ICMS na condição de responsável solidário e falta de pagamento do imposto por antecipação, o autuado alegou que sendo as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o imposto foi pago antecipadamente e não há imposto a ser exigido. Verifico que o produtos objeto da autuação é enquadrado no regime de substituição tributária (Diesel), entretanto, o ICMS exigido decorre da aplicação do roteiro de auditoria de estoques feito com base nos livros e documentos fiscais do estabelecimento autuado. Tendo sido constatado através do roteiro de auditoria a ocorrência de entradas não registradas, não há prova de que o imposto normal das mercadorias objeto da autuação tenha sido pago por parte do vendedor, o que caracteriza a responsabilidade solidária das infração 03 e devido o valor de R\$15.660,83.

Por sua vez, em se tratando de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, adquirida sem documento fiscal e não tendo o autuado comprovado que o imposto foi pago antecipado, concluo que não se está exigindo o imposto outra vez e sim o que deixou de ser pago no ato da aquisição. Sendo assim, descaracteriza o pressuposto da exigência do imposto em duplicidade e, portanto, comprovado a infração 04 e é devido o valor de R\$1.832,32.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 269094.0113/04-4**, lavrado contra **POSTO IMPACTO DE COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.493,15**, acrescido das multas de 70% sobre R\$15.660,83 e 60% sobre R\$1.832,32, previstas no art. 42, III e II, “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multa no valor de **R\$3.400,00**, previstas no art. 42, XIV e XX da citada Lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de dezembro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR