

PROCESSO - A. I. Nº 269094.0113/04-4
RECORRENTE - POSTO IMPACTO DE COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO Acórdão 3º JJF nº 0514-03/04
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 01/04/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0089-12/05

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. **a)** EXTRAVIO. MULTA. Infração não elidida. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Modificada a Decisão. Ajustado o valor da multa aplicada. 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. Rejeitadas as preliminares de nulidades argüidas. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte em razão de Decisão proferida no Auto de Infração nº 269094.0113/04-4, lavrado em 15/09/04, para exigir imposto no valor de R\$17.493,15 e acrescido das multas de 60% e 70%, além de multa fixa no valor 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, consequentemente, 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.

A lide foi decidida em 1ª Instância com base no voto a seguir transcrito:

“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 infrações 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”

Inconformado com a Decisão de 1ª Instância o recorrente interpõe o Recurso Voluntário de fls. 72 a 76, alegando preliminares e questionando quanto ao mérito, em síntese:

Primeira preliminar de nulidade: por ter sido o Auto de Infração lavrado fora do estabelecimento da empresa autuada.

Segunda preliminar de nulidade: em razão de que nenhuma intimação foi feita antes da lavratura do Auto de Infração o que é obrigatório, face ao princípio do contraditório assegurado na Constituição Federal.

Quanto ao mérito: De referência às infrações 1 e 2 o recorrente afirma que os livros fiscais foram extraviados em razão de arrombamento na empresa, o que comprova com a Certidão Policial de fl. 7, razão por que não pode ser autuada pela não apresentação dos livros fiscais.

De referência às infrações 3 e 4 alega que o imposto já fora recolhido por antecipação, pois tanto o óleo diesel como a gasolina são produtos enquadrados no regime de substituição tributária por antecipação conforme estabelece o próprio sistema.

Encaminhados os autos à PGE/PROFIS esta, através da ilustre procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, manifestou-se às fls. 80 a 81 na forma seguinte:

“Da análise dos autos, verifico que as alegações de nulidade não merecem acolhimento, senão vejamos:

O RPAF autoriza no art. 39 que a fiscalização lavre o Auto de Infração tanto no estabelecimento do autuado, como fora dele. Portanto, não há razão para discussão a esse respeito

Quanto à falta de intimação para esclarecimentos prévios, tal procedimento não está previsto na legislação vigente. O autuado foi intimado no início da ação fiscal, a acompanhou e teve a oportunidade de sobre ela se manifestar.

No mérito, vislumbro que as alegações de que o imposto já fora recolhido por antecipação não procedem, pois o que aqui se exhibe é exatamente a falta de recolhimento do ICMS em razão da constatação de aquisição de combustível sem notas fiscais, conseqüentemente sem o recolhimento por substituição tributária.

Quanto às multas, verifico que o autuado não cumpriu o disposto no art. 146 do RICMS sobre a notificação à Fazenda Estadual do extravio e furto dos livros LMC. Verifico que tal notificação não se deu no prazo legal, nem em qualquer momento anterior ao início da ação fiscal.

Ocorre que em relação ao item 2, o autuante aplicou a multa por falta de apresentação de livros fiscais de forma equivocada. O art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96, prevê a gradação de valor conforme o número de intimações procedidas. Na terceira intimação, como foi o caso em tela, deve-se aplicar a multa de R\$370,00 e não o somatório dos valores correspondentes às três intimações. Portanto, o valor da multa deve ser alterado para R\$370,00 e não R\$670,00 como lançado.

Diante disso, opino pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso, com a adequação do valor da multa aplicada.”

VOTO

Deixo de acatar as preliminares de nulidades levantadas pelo recorrente uma vez que são desprovidas de embasamento legal que as sustentem, como bem acentuou a Douta procuradora

em seu Parecer de fls.80 e 81, que acato em sua inteireza, ou seja: A primeira preliminar de nulidade foi argüida em razão do Auto de Infração ter sido lavrado fora do estabelecimento da empresa autuada, nulidade inexistente, pois o RPAF, no seu art. 39, § 1º, respalda o procedimento fiscal, autorizando que a fiscalização lavre o Auto de Infração tanto no estabelecimento do autuado, na repartição fazendária ou no local onde for apurada a infração. Quanto a segunda preliminar de nulidade, que diz respeito à falta de intimação do recorrente para esclarecimentos prévios antes da lavratura do Auto de Infração, não pode ser acolhida uma vez que tal procedimento não tem previsão legal.

De referência ao mérito, as infrações cometidas pelo recorrente subsistem, pois não constam dos autos provas que possam elidir as mesmas. Observo que a queixa policial apresentada pelo recorrente comprova o extravio dos livros que estavam sob sua guarda, o que caracteriza a infração, restando, assim, claro, que a infração 1 exige apenas a multa por livro extraviado, nos termos do art. 42, XIV da Lei nº 7.014/96, e o extravio não isenta da multa.

De referência à infração 2, falta de apresentação de livros fiscais, o autuado não se manifestou, o que implica em reconhecimento tácito da infração, sendo esta, portanto, considerada subsistente. Entretanto, esta foi aplicada de forma equivocada pelo autuante, que não observou a gradação prevista no inciso XX, art. 42 da Lei nº 7.014/96, naquilo que concerne ao número de intimações expedidas. Neste contexto, entendo que se deve proceder a adequação da mesma, de ofício, por provocação da PGE/PROFIS, conforme entendimento exposto em seu Parecer de fls. 80 e 81, adequando a penalidade para o valor correto de R\$370,00.

Quanto às alegações de que o imposto fora recolhido por antecipação não procedem, pois o que se comprova nos autos é exatamente a falta de recolhimento do ICMS em razão da constatação de aquisição de combustível sem notas fiscais e, por via de consequência, sem o devido recolhimento por substituição tributária, restando procedentes as infrações 3 e 4.

Em conclusão, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, mantendo subsistentes as infrações cometidas, mas adequando à norma legal a multa por falta de apresentação dos livros fiscais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269094.0113/04-4, lavrado contra **POSTO IMPACTO DE COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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 multas no valor de **R\$3.130,00**, previstas no art. 42, XIV e XX, “c”, da citada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MARIA DO CARMO SANTANA MARCELINO MENEZES - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS