

A.I. Nº - 146468.0074/06-3
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS ITINGA LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 10.05.07

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0114-02/07

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Provada em parte a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). Refeitos os cálculos, reduzindo-se o valor do crédito tributário. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO (COMBUSTÍVEIS). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. A empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Refeitos os cálculos, reduzindo-se o valor do crédito tributário. c) DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Imputação não impugnada objetivamente pelo sujeito passivo. Mantida a pena. 2. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM VEZ DA UTILIZAÇÃO DE ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Fato demonstrado nos autos. Mantida a multa. 3. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Fato provado nos autos. Corrigido o valor da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 11/12/06, imputa ao autuado os seguintes cometimentos:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter o autuado adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2005), lançando-se imposto no valor de R\$ 6.931,42, com multa de 70%;

2. falta de recolhimento do imposto [ICMS] por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, estando ditas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2005), lançando-se o imposto no valor de R\$ 2.196,57, com multa de 60%;
3. omissão de saídas de mercadorias cujas operações são isentas ou não tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, fato constatado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2004), sendo aplicada multa no valor de R\$ 50,00;
4. emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado o sujeito passivo, nos exercícios de 2004 e 2005, sendo aplicada a multa de R\$ 3.307,51;
5. falta de exibição de livros fiscais, sendo aplicada a multa de R\$ 2.760,0.

O autuado apresentou defesa alegando [relativamente aos itens 1º, 2º e 3º] que os produtos comercializados em seu estabelecimento foram adquiridos de forma regular. Considera que estaria passível apenas de multa por descumprimento de obrigação acessória, já que o imposto foi recolhido pelo fornecedor das mercadorias, haja vista que se trata de diesel, gasolina e álcool, sendo obrigatória a substituição tributária em relação a esses produtos. Diz que a suposta falta de recolhimento de imposto decorreu de erros do levantamento fiscal, por não serem considerados corretamente os estoques iniciais, tendo sido tomados números errados, mas o importante é que o imposto já havia sido recolhido por antecipação. Destaca algumas Notas Fiscais de entradas em que teria havido erros.

Prossegue a defesa [quanto à multa do item 4º] alegando que, no início de suas atividades, nos meses de dezembro de 2004 a fevereiro de 2005, utilizou documento fiscal diverso do cupom em função de a repartição fiscal ter demorado a autorizar o uso da impressora, por questões de burocracia. Além disso, nos meses de junho e julho de 2005, houve necessidade de intervenção técnica no equipamento emissor de cupons, conforme faz prova com documento anexo, de modo que naquele período teve de utilizar Notas Fiscais, em caráter emergencial. Assegura que não omitiu qualquer saída de mercadorias, embora possa ter havido pequenas falhas no momento de contabilizar aferições. Pondera que o próprio fiscal pode ter-se enganado.

Com relação à multa por falta de entrega de livros fiscais [item 5º], alega que os livros sempre estiveram à disposição do fisco na sede da empresa. Aduz que isso pode ser constatado baixando-se os autos em diligência para verificação dos aludidos livros por outro auditor.

Voltando à questão das diferenças de estoque [itens 1º, 2º e 3º], o autuado alega que os combustíveis são transportados em carretas-tanque, são descarregados em vasos subterrâneos, e na venda são empregadas bombas eletromecânicas com sistema de medição, havendo nessa movimentação vários fatores físico-químicos e variáveis que acarretam pequenas distorções entre os volumes comprados e os totalizados nas vendas. Comenta os problemas decorrentes das oscilações de volume dos produtos em virtude dos níveis de temperatura. Fala da evaporação da gasolina armazenada nos tanques. Alega distorções das quantidades dos combustíveis pelos instrumentos de medição. Tece considerações acerca de variações ocorridas na comercialização dos produtos. Conclui argumentando que, em face desses elementos, não há razão para a manutenção dos lançamentos dos itens 2º e 3º do Auto de Infração.

Prossegue dizendo que não foi demonstrada a real contabilização da documentação da empresa, e não foram levadas em conta importantes questões, pois não foram consideradas Notas Fiscais, não foi observada a escrituração do LMC [Livro de Movimentação de Combustíveis], não se atentou para os encerrantes, a transcrição das quantidades de combustíveis foi feita de forma errada, não foram consideradas a evaporação e as aferições, bem como os livros fiscais que

foram colocados à disposição do fisco, além de não ter dado oportunidade para o refazimento dos livros extraviados. Considera ilegal o rigor do fisco neste caso, impingindo o pagamento de imposto e de multa que seriam de responsabilidade da distribuidora dos combustíveis. A seu ver estaria havendo um verdadeiro confisco, por já ter sido pago o imposto antecipadamente, em virtude do regime de substituição. Apega-se ao princípio da segurança jurídica. Pontua que o Estado tem instrumentos jurídicos para alcançar os reais devedores, que a seu ver são as distribuidoras. Cita doutrina de Alfredo Augusto Becker e Johnson Barbosa Nogueira acerca do instituto da substituição tributária. Nega que tivesse violado os dispositivos regulamentares apontados no Auto. Diz não ser possível que o Estado busque se locupletar com a cobrança de imposto já pago.

Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente, e, subsidiariamente, que se aplique a multa por descumprimento de obrigação acessória, e que sejam anulados os demonstrativos fiscais, por não ser admissível usar dois pesos e duas medidas, aplicando-se as normas da ANP [Agência Nacional de Petróleo] somente em parte.

Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação reconhecendo que três Notas Fiscais apresentadas pela defesa afetam diretamente as diferenças apuradas em relação aos três produtos [gasolina, álcool e óleo diesel]. Propõe que os valores do imposto dos itens 1º e 2º sejam reduzidos para R\$ 54,69 e R\$ 17,33, respectivamente, mantendo-se a multa do item 3º, de R\$ 50,00, por descumprimento de obrigação acessória.

Quanto às justificativas da defesa para a emissão de outro documento fiscal em lugar daquele previsto para usuários de equipamento emissor de Cupom Fiscal [item 4º], atribuindo o fato à burocracia da repartição, que teria demorado a conceder a autorização da impressora e a uma intervenção técnica procedida do equipamento, o fiscal contrapõe que, em face da ficha do equipamento, à fl. 224, não procedem as alegações do autuado quanto à alegada demora da repartição, pois a iniciação para uso fiscal foi deferida em 6/12/04, de modo que, no dia imediato, o equipamento já estaria em condições de ser utilizado pelo contribuinte. Com relação à intervenção técnica, o fiscal observa que o atestado de intervenção apresentado pela defesa diz respeito apenas à colocação de nova memória de fita-detelhe, efetuada no dia 8/7/05, data esta que não faz parte do “demonstrativo de cobrança” da penalidade.

Tece considerações acerca da desconsideração das variações ocorridas na compra, transporte e armazenamento dos produtos em virtude de evaporação, e das aferições efetuadas. Fala da metodologia empregada no levantamento fiscal, em função das perdas e ganhos, assegurando que foram levadas em conta todas as aferições registradas no Livro de Movimentação de Combustíveis.

Quanto à falta de entrega dos livros fiscais [item 5º], o autuante diz que, em face dos documentos acostados aos autos, não procedem as alegações da defesa. Observa que a pessoa que assinou o primeiro termo de intimação para exibição dos livros e documentos é a mesma que assinou o Auto de Infração.

No que tange ao argumento da defesa de que a exigência do imposto deveria ser feita às distribuidoras, o fiscal considera que tal tese não pode ser acatada, pois a ação fiscal desenvolvida neste caso foi a mesma que o fisco desencadeou para quarenta e dois postos de combustíveis que foram objeto da CPI dos Combustíveis, cujo relatório final se encontra no Ministério Público.

Opina pela manutenção dos lançamentos, com as alterações de valores a serem procedidas nas Infrações 1ª (R\$ 54,69) e 2ª (R\$ 17,33), mais a multa do item 3º (R\$ 50,00).

Foi dada ciência da informação ao sujeito passivo. Este não se manifestou.

VOTO

Os itens 1º, 2º e 3º deste Auto de Infração dizem respeito ao resultado de levantamento quantitativo de estoques de combustíveis no estabelecimento do autuado nos exercícios de 2004 e 2005. Os itens 1º e 2º cuidam da falta de pagamento de ICMS, relativamente a compras de combustíveis efetuadas sem documentos fiscais, sendo lançado o imposto devido a título de responsabilidade solidária (item 1º), e mais o tributo devido por antecipação, relativo à parcela do valor acrescido, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (item 2º). No item 3º, a imputação refere-se à realização de operações não tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, fato passível de multa fixa.

Em face de três Notas Fiscais apresentadas pela defesa, o fiscal autuante refez os cálculos do levantamento quantitativo, propondo que os valores do imposto dos itens 1º e 2º sejam reduzidos para R\$ 54,69 e R\$ 17,33, respectivamente, mantendo-se a multa do item 3º, de R\$ 50,00, por descumprimento de obrigação acessória.

Quanto à alegação da defesa de que o imposto já havia sido pago antecipadamente, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, observo que a prova de que o imposto já teria sido antecipado e, portanto, de que estaria encerrada a fase de tributação, depende da regularidade da documentação de origem das mercadorias. Se a empresa não dispõe dos documentos relativos à aquisição das mercadorias, em sua totalidade, não pode alegar que o imposto foi pago anteriormente.

Está provada, documentalmente, a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal, de modo que o adquirente assume, por isso, a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária), nos termos do art. 39, V, do RICMS – item 1º do Auto de Infração.

Além disso, como a empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, de acordo com a previsão do art. 512-A do RICMS – item 2º do Auto de Infração.

Acato a sugestão do autuante quanto aos itens 1º, 2º e 3º.

Com relação ao item 4º, não tem razão o autuado ao alegar que emitiu outros documentos em lugar de Cupons Fiscais em virtude de demora da repartição em autorizar o uso do equipamento emissor de Cupons, haja vista que o equipamento foi liberado para uso em 6/12/04, conforme instrumento à fl. 224, e os períodos levantados pela fiscalização são posteriores àquela data. Quanto à alegação da defesa de que nos meses de junho e julho de 2005 o equipamento sofreu uma intervenção técnica, está provado, de acordo com o atestado de intervenção à fl. 260, que a intervenção ocorreu no dia 08/07/05, data esta que é posterior ao período objeto da ação fiscal. Mantenho a multa do item 4º.

No tocante à multa do item 5º, é flagrante o equívoco do autuante, pois, apesar de descrever o fato corretamente – falta de apresentação de livros fiscais –, indicando com precisão o dispositivo legal cabível – art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96 –, aplicou multa diversa da prevista no dispositivo supracitado. Corrijo o valor da multa para R\$ 90,00, como prevê o art. 42, XX, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 146468.0074/06-3, lavrado

contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS ITINGA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 72,02**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 17,33 e de 70% sobre R\$ 54,69, previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, totalizando **R\$ 3.447,51**, previstas nos incisos XIII-A, “h”, XX e XXII do art. 42 da supracitada lei, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR