

PROCESSO - A. I. Nº 017585.0711/03-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AUTO POSTO ITAGIMIRIM LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0389-03/04
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 23.12.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0368-12/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. O lançamento foi realizado em desacordo com as normas que regem a matéria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso de Ofício de Decisão em que se julgou Nulo o Auto de Infração em lide, lavrado em 20/11/03, para exigir o ICMS no valor de R\$51.144,14, acrescido da multa de 70%, em decorrência de falta de recolhimento do imposto 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (1999 a 2002) em exercício aberto (2003).

O autuado apresentara defesa (fls. 102 a 105) alegando que o autuante não comprovara a existência de omissão de entradas ou de saídas de mercadorias, questionara o preço médio da gasolina, dissera que existe “duplicidade de números de notas fiscais com o mesmo produto, mas com diferentes valores”, e que jamais haveria diferença tão grande na gasolina, uma vez que ela representa uma sexta parte do óleo diesel, e, finalmente, alega que deixou de fazer a juntada das notas fiscais de entradas, tendo em vista que parece terem sido extraviadas ou estão em poder da fiscalização. Pede a nulidade do Auto de Infração e cita o Acórdão CJF nº 0515-11/03.

O autuante, em informação fiscal às fls. 129 e 130, esclarecera que tomara como base, para o seu trabalho, as notas fiscais de entradas apresentadas e lançadas no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), em confronto com o livro Registro de Entradas e que, em face da grande desorganização na escrituração do LMC, a solução foi juntar os produtos gasolina comum e aditivada e óleo diesel comum e aditivado, apenas em dois itens denominados “gasolina comum” e “óleo diesel comum”, não havendo, portanto, duplicidade de números de notas fiscais com o mesmo produto. Apresentara como exemplo a Nota Fiscal nº 7277, de 19/01/99, que contém 5.000 litros de óleo diesel aditivado e 5.000 litros de óleo diesel comum e que, em razão da reunião de produtos afins, o preço médio foi calculado, com base em todas as entradas de cada produto.

Afirmara o autuante que as notas fiscais de entradas jamais foram extraviadas e, quando encerrou a ação fiscal, entregou, ao próprio contribuinte, os livros de Movimentação de Combustíveis. As notas fiscais de entradas, no entanto, bem como os demais livros fiscais não teriam sido entregues à contabilidade, que estava em recesso.

Ao final de sua informação o autuante pedia a procedência do Auto de Infração “considerando que a auditoria fiscal pautou-se dentro dos parâmetros determinados pela Legislação pertinente”.

O autuado, intimado para se manifestar (fl. 135), preferiu não fazê-lo.

Convertido o PAF em diligência à Inspeção de origem para que o autuante devolvesse todos os livros e documentos do autuado, arrecadados para fins de fiscalização, ou que comprovasse que já o havia feito e em que data e subsequente reabertura do prazo de defesa de 30 dias para que o

contribuinte pudesse apresentar, da forma apropriada, a sua impugnação, caso em que o autuante deveria apresentar nova informação fiscal, foi anexado, à fl. 141, um Termo de Devolução dos livros e documentos fiscais arrecadados pela fiscalização, o qual foi assinado pelo representante do autuado em 26/01/04, e, em seguida o sujeito passivo foi intimado a apresentar a sua impugnação no prazo de 30 dias (fl. 142), tendo apresentado peça defensiva às fl. 144, ratificando todo o conteúdo de sua manifestação anterior, e mais:

1. que a reunião dos produtos gasolina comum e aditivada em “gasolina comum” e óleo diesel comum e aditivado em “óleo diesel comum” causou distorção no custo médio das mercadorias;
2. que os documentos não foram extraviados e sim não estavam em poder do autuado e que foram devolvidos pelo auditor fiscal à contabilidade da mesma, em 26 de janeiro de 2004, conforme protocolo anexado pelo auditor ao processo fiscal, portanto a mais de 30 dias do vencimento do prazo de defesa.

O autuante, em nova informação à fl. 150, disse que os livros e documentos fiscais arrecadados por ele foram devolvidos em 26/01/04 e, portanto, entende que o sujeito passivo não tivera prejudicado seu direito de defesa face os livros e documentos fiscais (exceto os LMCs) encontrarem-se em poder da fiscalização, vez que o escritório de contabilidade, que fica em Eunápolis, encontrava-se em férias coletivas apenas durante o período das festas natalinas e de final de ano e, ainda, que reside na mesma cidade e, como a documentação encontrava-se em seu poder, bastava um telefonema e toda a documentação estaria a sua disposição.

Quanto aos demais argumentos do autuado, disse que já tinham sido objeto de informação fiscal anterior e pediu a procedência do lançamento.

Em seu voto, a ilustre relatora Dra. Denise Barbosa ressaltara que o prazo de defesa fora reaberto e, dessa forma, rejeitava o pedido de nulidade do Auto de Infração formulado pelo autuado, por não se caracterizar a continuação do cerceamento de seu direito de defesa.

No entanto, analisando as imputações indicadas na presente autuação, verificara que o fiscal descrevera as irregularidades como *“falta de recolhimento do imposto 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 estoque por espécie de mercadorias”* em exercício fechado e aberto (1999 a 2003). Como o autuado atua no comércio varejista de combustíveis, normalmente recebe as mercadorias que adquire por meio de notas fiscais com o ICMS pago por antecipação. Por isso, constatando-se, por meio de levantamento quantitativo de estoques, a falta de registro, em sua escrituração, de entradas de combustíveis ocorridas em seu estabelecimento (como é o caso dos autos), consoante o artigo 10, da Portaria nº 445/98, deve-se exigir o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), se aplicando a multa de 70% (art. 42, III, da Lei nº 7.014/96) e o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo e apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo, calculada na forma do item anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96).

Entendendo ser óbvio que não se pode cobrar o imposto estadual, em caso de falta de registro de entradas de mercadorias enquadradas na antecipação tributária, pela *“presunção de saídas de mercadorias”* porque o tributo já teria sido recolhido de forma antecipada e, portanto, as saídas subseqüentes estariam desoneradas da incidência do ICMS e, ainda, que caso a presunção legal de omissão de saídas fosse aplicada neste PAF, não haveria ICMS a ser exigido, uma vez que o tributo já teria sido pago antecipadamente nas entradas das mercadorias, disse a d. relatora que está equivocado o lançamento e não tem base legal para a sua existência, razão pela qual

considerou que deveria ser declarada sua nulidade, pois seriam equívocos não passíveis de retificação.

A Junta de Julgamento Fiscal acolhe o voto pela Nulidade do Auto de Infração, e recorreu de ofício da sua Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, não sem antes determinar à autoridade competente, como determina o artigo 156, do RPAF/99, para que proceda à renovação do procedimento fiscal, a salvo de equívocos.

VOTO

Pelo teor das imputações dos itens 1 e 2 do Auto de Infração, se observa que o imposto foi exigido com fundamento na presunção da ocorrência de operações de saídas anteriores de mercadorias tributáveis. Por se tratar de um posto de combustíveis, considerando-se que, via de regra, praticamente tudo o que um posto de combustíveis vende tem o ICMS pago por antecipação, este CONSEF tem decidido pela impossibilidade dessa imputação nos termos em que foi procedida pelo autuante, por ser uma situação em que a presunção é elidida pela realidade óbvia, dada à natureza dos negócios do contribuinte.

Como já lecionara em caso semelhante o Dr. José Bizerra Lima Irmão:

“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. O fiscal efetuou um trabalho de rotina, porém chegou a conclusões equivocadas, “data venia”, 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, tendo em vista que o cálculo da antecipação tributária é feito em função do valor das omissões, com agregação de margem de lucro e dedução do imposto da operação própria, que neste caso é o imposto cobrado por presunção.”

Ante o exposto, acolho como válido o voto pela NULIDADE do Auto de Infração e, assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício mantenho a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 017585.0711/03-5, lavrado contra **AUTO POSTO ITAGIMIRIM LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 6 de dezembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR

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