

A. I. N° - 03122537/97
AUTUADO - POSTO AVALANCHE LTDA.
AUTUANTE - WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 26. 07. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0267-04/04

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém um vício jurídico que afeta a sua eficácia. Reporta-se a falta dos demonstrativos de apuração do imposto, cujo vício não pôde ser saneado pelo autuante quando prestou a informação fiscal. Exigência nula em relação ao item 1. 2. LIVROS FISCAIS. LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/04/1997, exige ICMS no valor de R\$11.798,99, além de ter sido aplicada a multa de 10 UPF's, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$11.798,99, apurado mediante o comparativo das receitas obtidas em livro de controle da movimentação diária com as receitas declaradas no livro Registro de Saídas da empresa, relativos aos exercícios de 1992 a 1994;
2. Falta de escrituração do livro LMC previamente autenticado, pelo que foi aplicada a multa no valor de 10 UPF's;

Foram anexados aos autos às fls. 7 a 62 diversos documentos, sendo que no de fls. 62v consta um despacho da Coordenadora da PROFAZ, cancelando a inscrição do débito em dívida ativa do presente Auto de Infração, bem como determinando que a INFAZ-Vitória da Conquista intimasse a sócia Sônia da Silva Reis no endereço indicado na petição de fl. 52, reabrindo-lhe o prazo de defesa.

À fl. 63 (frente e verso), consta uma intimação expedida pela INFAZ-Vitória da Conquista, reabrindo o prazo de defesa em trinta dias, quando o autuado por meio de seu patrono recebeu cópia do Auto de Infração e de seus anexos.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 65 a 77 dos autos transcreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal em relação à infração 1.

Em seguida, aduziu que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/97, quando a empresa não mais se encontrava em atividades, razão pela qual o mesmo é ato administrativo natimorto, eivado de vícios, formais e substanciais.

Argumenta ainda que, apesar do Auto de Infração ter sido lavrado em abril/97, a empresa somente foi cientificada do lançamento de ofício em outubro/99, ou seja, dois anos e meio depois, fato que denota vícios do procedimento.

Às fls. 66 e 67, o autuado fez um breve histórico dos fatos ocorridos desde a lavratura do Auto de Infração até a reabertura do prazo de defesa.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado alegou preliminar de nulidade, pelo fato de inexistir no PAF, uma peça de natureza essencial para a sua validade: Prorrogação do Termo de Início de Fiscalização.

Sustenta que sendo o lançamento tributário, atividade administrativa vinculada à lei, nos termos do art. 3º, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), imprescinde o cumprimento de todas as formalidades impostas pelo ordenamento, oportunidade em que transcreveu o teor do § 1º, do art. 33, do RPAF/99.

Alega que o Termo de Início de Fiscalização é “conditio sine qua non” para realização do ato de fiscalização e que se tem ele prazo certo e determinado para vigência e que havendo decurso de prazo temporal sem a necessária prorrogação, passa o procedimento fiscalizatório a não mais ter amparo legal.

Segundo o autuado, consta à fl. 4 dos autos, que a fiscalização foi iniciada em 18/12/96, no entanto, o seu encerramento ocorreu em 30/04/96, após o prazo de trinta dias, sem que houvesse a necessária prorrogação do Termo de Início de Fiscalização, razão pela qual o Auto de Infração é peça absolutamente NULA.

Continuando em seu arrazoado, o autuado disse ser insubsistente a ação fiscal, pela falta de comprovação dos fatos articulados no Auto de Infração.

Aduz que o autuante lastreou a acusação fiscal com base no livro Registro de Saídas e no de Controle de Movimentação Diária, entretanto, não trouxe aos autos qualquer peça comprobatória do alegado e sequer juntou cópias dos referidos livros, oportunidade em que fez as seguintes indagações: em que fonte o autuante baseou-se para conduzir os seus lançamentos? E, que livro é esse que denominou de livro de Controle de Movimentação Diária?

Argumenta que como regra geral do Direito, o ônus da prova cabe ao acusador. Cita ensinamento de autor que indica sobre o assunto, bem como transcreve o teor do art. 18 e seu inciso IV, do RPAF/99, que trata da nulidade do procedimento fiscal, além de reproduzir Ementas do CONSEF, que julgou nulos Autos de Infração lavrados.

Assevera não restar dúvida que o Auto de Infração é irremediavelmente nulo.

Quanto ao mérito, na hipótese de as preliminares argüidas não sejam acolhidas, diz que na pior das circunstâncias, caso estivesse comprovada a omissão de saídas, não restaria qualquer débito fiscal, senão a decorrente de multa meramente formal, por descumprimento de obrigação acessória.

Ressalta que quando o RICMS vislumbra multa percentual, o faz em função do tributo devido e, no caso em tela, a previsão encontrava guarida no art. 401, IV, do RICMS/89, cujo teor transcreveu.

A título de exemplo, o autuado disse que as mercadorias comercializadas pela empresa eram derivadas de petróleo (gasolina, óleo diesel, etc), as quais estão no rol da substituição tributária, portanto, são adquiridas com o ICMS pago mediante retenção na fonte.

Aduz que se o ICMS foi objeto de retenção, não há que se falar em débito de tributo e a multa não têm base para incidir, já que a incidência de 70% sobre zero, seria zero, oportunidade em que transcreveu à fl. 75 o teor de uma Ementa do CONSEF, que julgou nulo Auto de Infração lavrado.

Alega que se estivesse comprovado o descumprimento da obrigação de emissão de documentos fiscais, ensejar-se-ia, tão só, a multa formal, uma vez que, em momento algum, deixou-se de

recolher o imposto devido. Em apoio ao seu argumento, o autuado transcreveu o teor do art. 4º e seu inciso III, da Portaria nº 445/98.

Assevera que, pelo fato das mercadorias comercializadas ter sido pago o imposto por substituição tributária, fica encerrada a sua fase de tributação nas operações subsequentes, motivo pelo qual improcede a autuação fiscal.

Ao concluir, requer a decretação da NULIDADE do Auto de Infração e, caso ultrapassado, no mérito, seja o lançamento julgado improcedente.

À fl. 189 foi juntado aos autos, um despacho da Coordenadora da CODAT-PROFAZ, para que o autuante esclarecesse quais os documentos teriam sido anexados aos autos e se há possibilidade de reconstituí-los.

Em atendimento à solicitação acima, o autuante à fl. 189V informou que foram tiradas cópias dos livros de movimentação diária da empresa. Informou ainda o autuante, que não foi possível reconstituir as planilhas e cópia dos livros fiscais de saídas, oportunidade em que fez a juntada das referidas cópias dos livros de movimentação diária.

O PAF, por determinação da Coordenadora da PROFAZ, (fl. 189V), foi encaminhado a INFAZ-Vitória da Conquista, para efetuar a sua numeração, bem como ao autuante, para prestar a informação fiscal.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 190 dos autos, ressaltou que o contribuinte praticou crime contra a ordem tributária (caixa 2 e adulteração de bombas de combustível – fl. 358) e que os documentos demonstram que houve aquisição e venda de combustíveis sem notas fiscais.

Ao analisar o presente PAF, objetivando a sua instrução, face o autuante quando de sua informação fiscal haver apensado aos autos o anexo de fls. 01 a 1258, foi proposta por este relator e aceita pelos demais componentes desta 4ª JJF a sua conversão em diligência a INFAZ-Vitória da Conquista, para dar ciência ao autuado dos referidos documentos e estipular o prazo de dez dias para se manifestar, o que foi cumprido, conforme documentos às fls. 194 e 195.

Em nova intervenção às fls. 197 a 201, o autuado alegou que quando da intimação expedida pela inspetoria para apresentação de sua impugnação, não se encontrava presente nos autos cópia de qualquer dos livros mencionados pelo autuante, como embasadores da ação fiscal.

Diz que ao retornar a INFAZ de origem, verificou-se o extravio do chamado Anexo I, onde, segundo o autuante, constavam cópia dos livros referidos e planilhas de cálculo respectivas.

Frisa que o autuante ao ser solicitado para reconstituição dos autos, o mesmo prestou informação dizendo de sua impossibilidade, tanto no que tange ao livro Registro de Saídas, bem como no tocante às planilhas diversas embasadoras da ação fiscal, portanto, só foi reconstituído o que se encontra em anexo, cujos documentos são desconhecidos da empresa, oportunidade em que fez as seguintes indagações: que documentos são esses, ou melhor, que livro fiscal é esse que o autuante fez juntar 1258 cópias e se o mesmo é um livro fiscal? Quem teria escriturado dito livro, que nada mais é que centenas de laudas pautadas com informações desconhecidas, motivo pelo qual nenhum valor pode ter?

Prosseguindo em sua defesa, o autuado disse que quanto ao mérito dos cálculos, fica impossibilitado de se defender, uma vez que não consta no PAF qualquer demonstrativo que justifique o valor lançado.

Às fls. 199 a 200, o autuado transcreveu o teor de algumas Ementas do CONSEF, que julgou nulos Autos de Infração lavrados.

Salienta que mesmo que o autuante apresentasse o livro Registro de Saídas e anexasse aos autos, bem como os demonstrativos de cálculos e, na pior das hipóteses fosse apurada omissão de saídas, ainda assim não caberia autuação.

Para corroborar o seu entendimento, o autuado disse que as mercadorias por ele comercializadas estão enquadradas no regime de substituição tributária, ou seja, já vem com o imposto retido na fonte, cuja saída subsequente será realizada sem a incidência do imposto.

Ao finalizar, diz ratificar tudo que foi exposto na sua impugnação inicial, tempestivamente apresentada.

Em nova informação fiscal, o autuante fez, inicialmente, um resumo das alegações defensivas.

Em seguida, com relação à infração 1, aduziu que houve o extravio anteriormente mencionado e sem que o contribuinte apresente os livros de Registros de Saídas, não será possível a reconstituição.

De acordo com o autuante, por meio de uma diligência da ASTEC, poderá se comprovar a origem e autenticidade dos LMC's e outros documentos acostados aos autos, bem como mediante documentos de informações fiscais – GIA, chegar-se ao quantum devido.

Ao finalizar, pede que seja realizada diligência para que o presente Auto de Infração seja julgado procedente, para condenar o autuado ao pagamento do ICMS e demais cominações legais.

VOTO

Inicialmente, em relação as preliminares de nulidades suscitadas pelo sujeito passivo, não acato a relacionada a ausência de prorrogação do Termo de Início de Fiscalização, pois, de acordo com o disposto no § 1º, do art. 28, do RPAF/99, o referido Termo será válido por sessenta dias, podendo ser prorrogado por iguais períodos consecutivos mediante comunicação escrita da autoridade competente ao sujeito passivo, sendo que, esgotado o prazo de que cuida este parágrafo e não sendo o mesmo prorrogado, poderá o contribuinte recolher os seus débitos espontaneamente, enquanto não for lavrado novo termo de início.

Entendo que a ausência do termo acima, não trouxe qualquer prejuízo ao autuado, já que poderia ter efetuado o pagamento do imposto, acaso devido, espontaneamente.

Quanto à ausência nos autos dos demonstrativos de apuração do imposto referente à infração 1, efetivamente é procedente a alegação defensiva, já que o autuante informou à fl. 189v não ser possível reconstituir as planilhas e cópias dos livros fiscais de saídas.

Ressalto que o autuante ao prestar nova informação fiscal, fl. 205 dos autos, com relação à infração 1, disse que houve o extravio anteriormente mencionado e sem que o contribuinte apresente os livros de saídas não será possível a reconstituição, oportunidade em que sugeriu uma diligência pela ASTEC

Tendo em vista que o autuante descumpriu o disposto no inciso II, do art. 41, do diploma legal acima citado, segundo o qual o Auto de Infração far-se-á acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos e das provas necessárias à demonstração do fato argüido, entendo que a autuação em relação ao item 1 não merece prosperar, razão pela qual julgo nula a exigência fiscal, com fulcro no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Com referência à infração 2, em que foi aplicada a penalidade de 10 UPF's pela falta de escrituração do LMC previamente autenticado, constatei que o autuado em sua defesa não opôs qualquer objeção.

Considero o silêncio do autuado como um reconhecimento tácito da imposição fiscal, pelo que mantenho a autuação.

Represento, no entanto, nos termos do art. 21, do regulamento acima citado, a autoridade competente, no sentido de programar uma nova ação fiscal no estabelecimento autuado, para que se apure o imposto acaso devido à Fazenda Estadual, a salvo de falhas ou incorreções.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração para aplicar a multa de 10 UPF's, pertinente a infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **03122537/97**, lavrado contra **POSTO AVALANCHE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa correspondente a 10 UPF's, prevista no art. 61, XV, "d", da Lei nº 4.825/89.

Represento, no entanto, nos termos do art. 21, do regulamento acima citado, a autoridade competente, no sentido de programar nova ação fiscal no estabelecimento autuado, para se apurar o imposto acaso devido à Fazenda Estadual, a salvo de falhas ou incorreções.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR