

A. I. Nº - 088502.0011/03-2
AUTUADO - POSTO MODELO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO ANÍBAL BASTOS TINOCO
ORIGEM - INFAC GUANAMBI
INTERNET - 31.08.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0296-02/04

EMENTA. ICMS. NULIDADE. PROCEDIMENTO FISCAL INCOMPATÍVEL COM A NATUREZA DOS FATOS MATERIAIS. Autuação efetuada em desacordo com as rotinas usuais da fiscalização, implicando desvirtuamento da natureza da imputação. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/8/03, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS 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, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2003 – leia-se “2002”), lançando-se imposto no valor de R\$ 2.334,67, com multa de 70%;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS] por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, fato constatado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2003 – leia-se “2002”), sendo lançado imposto no valor de R\$ 739,86, com multa de 60%;
3. falta de recolhimento do imposto [ICMS], com base na presunção de omissões de saídas de mercadorias, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, em virtude da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício aberto (parte de 2003), lançando-se imposto no valor de R\$ 24.780,73, com multa de 70%;
4. falta de recolhimento do imposto [ICMS] pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, em decorrência da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício aberto (parte de 2003), sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.928,88, com multa de 70%;
5. falta de recolhimento de [ICMS] por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, fato constatado

mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício aberto (parte de 2003), sendo lançado imposto no valor de R\$ 8.464,27, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa alegando que as omissões de entradas a que se referem os itens 1º e 2º do Auto de Infração são “justificadas” pelas Notas Fiscais 1433, 1456, 17283 e 16170 (juntou cópias). Argumenta que a sua empresa não pode ser responsabilizada pelo fato de o TRR Juazeiro Com. Der. Petróleo Ltda. estar com a inscrição cadastral cancelada, pois não havia como saber dessa condição. Considera que o fisco estadual deveria ter apreendido os talonários fiscais que se encontravam em poder do referido contribuinte. Diz que adquiriu a mercadoria de boa-fé, e efetuou o pagamento da operação. Observa que apenas a Nota Fiscal 1433 foi emitida após a baixa do TRR Juazeiro Com. Der. Petróleo Ltda., que ocorreu em 29/10/02.

No tocante aos itens 3º, 4º e 5º, o autuado reclama que no item 3º não está evidenciada a causa de pedir, pois não especifica em qual período anterior ocorreram as omissões de saídas, de modo que teria sido cerceado o seu direito de defesa, fato que a seu ver implica a nulidade do lançamento. Nega que tivesse havido qualquer omissão de entradas. Diz que no período de 1/11/02 a 21/5/03 não houve registros no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), pois a vendagem de álcool carburante caiu em virtude do aumento de preço. Observa que o LMC apresentava em 6/10/03 a leitura de 268.251 litros, conforme comprovantes anexos. Requer a nulidade do item 3º. Pede que se determine a realização de perícia, para responder aos quesitos formulados.

O fiscal autuante prestou informação dizendo não acatar a alegação da defesa quanto a erro da leitura do “encerrante” de álcool hidratado, uma vez que já ocorreram mais de quatro meses desde a autuação. Diz que a leitura constante na fita de vídeo deveria ser feita na presença de preposto do fisco para poder servir como prova. Quanto às Notas Fiscais de entrada 440 e 608, considera que as mesmas estão fora do período fiscalizado, e as Notas Fiscais 20272 e 20214 não são referentes a álcool. Com relação às Notas Fiscais emitidas pelo TRR Juazeiro Com. Der. Petróleo Ltda., considera que elas não podem ser consideradas porque foram emitidas por contribuinte que se encontrava com a inscrição cadastral cancelada. Opina pela manutenção dos lançamentos.

A 4ª Junta, através do Acórdão JJF 0077-04/04, julgou procedente em parte o Auto de Infração, concluindo que: a) no tocante à presunção legal de operações não registradas, não cabe a exigência fiscal, em face do disposto no art. 10 da Portaria nº 445/98; b) é devido o imposto por antecipação apurado em função do valor acrescido; c) deve ser exigido o imposto do responsável solidário, relativamente à mercadoria ainda fisicamente em estoque, por ter sido adquirida de terceiro sem documentação fiscal. A Junta recorreu de ofício de sua decisão para a instância superior.

Ao apreciar o recurso de ofício, a 2ª câmara, mediante o Acórdão CJF 0099-12/04, anulou a decisão de 1ª instância, determinando que se proceda a novo julgamento.

VOTO

Observo, em primeiro lugar, que o fiscal autuante se equivocou ao indicar como “data de ocorrência” das infrações nº 1 e 2 o dia 10/6/03, pois a data correta seria 31/12/02, haja vista que se refere a levantamento de exercício fechado, compreendendo o período de 1/1/02 a 31/12/02.

Não acato o pedido de nulidade formulado pela defesa relativamente ao item 3º do procedimento, tendo em vista que o lançamento foi efetuado com base em presunção legal, de modo que não tem o fisco o dever de especificar quando teria ocorrido o fato.

E indefiro o pedido de perícia feito pela defesa, pois os elementos constantes nos autos são

suficientes para a decisão.

Os itens 1º e 2º dizem respeito a uma omissão de entradas de 10.418 litros de álcool carburante, ocorrida, segundo o fisco, no exercício de 2002. A defesa apresentou quatro Notas Fiscais de compras para provar que as entradas de álcool foram efetuadas com documentos fiscais. O autuante não considerou as Notas Fiscais emitidas por TRR Juazeiro, porque este se encontrava com a inscrição cadastral cancelada. Quanto a este aspecto, observo que o CONSEF tem entendido que os documentos fiscais, mesmo quando o emitente está com a inscrição irregular, constituem prova de que a operação foi realizada. Se o documento é inidôneo, é o caso de se lançar o tributo em nome do emitente, ou, caso não seja possível localizá-lo, em nome do adquirente, a título de responsabilidade solidária. O que não se pode é considerar que a operação não foi realizada, e simplesmente não considerar o documento no levantamento quantitativo. Sendo assim, deveriam ter sido consideradas as Notas Fiscais de TRR Juazeiro, apresentadas pela defesa. Deixo, contudo, de remeter o processo em diligência, para refazimento dos cálculos, pelas razões que passo a expor.

Retomando o teor das imputações dos itens 1º e 2º do Auto de Infração, observo que no item 1º o imposto foi lançado com fundamento na presunção da ocorrência de operações de saídas anteriores de mercadorias tributáveis. Ocorre que, pelos elementos que sobressaem dos autos, trata-se de um posto de combustíveis. Sendo assim, que mercadorias “tributáveis” seriam essas, considerando-se que, via de regra, praticamente tudo o que um posto de combustíveis vende tem o ICMS pago por antecipação?

A presunção legal em que se baseou a autuante (RICMS/97, art. 2º, § 3º), justamente por ser uma presunção (presunção relativa), não se aplica em face de situações como esta, em que a presunção é elidida pela realidade óbvia, dada a natureza dos negócios do contribuinte. 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.

Os itens 3º, 4º e 5º dizem respeito a fato idêntico, com a diferença de que o levantamento foi feito em exercício aberto. Em julgamento anterior, o ilustre Relator, Dr. Álvaro Barreto Vieira, concluiu que o levantamento fiscal está errado, pois a omissão de entradas de álcool seria de apenas 1.699 litros. Porém não vou apreciar as questões de mérito, haja vista a forma imprópria como foi efetuado o lançamento do crédito tributário, pelas mesmas razões em que me baseei ao decidir as questões dos itens 1º e 2º. Com efeito, no item 3º o imposto foi lançado com fundamento na presunção da ocorrência de operações de saídas anteriores de mercadorias tributáveis. Como se trata de um posto de combustíveis, e considerando-se que, via de regra, praticamente tudo o que um posto de combustíveis vende tem o ICMS pago por antecipação, não se aplica neste caso a presunção legal em que se baseou o fisco. Mesmo que se presuma que a

empresa efetuou os pagamentos das entradas não declaradas com receitas decorrentes de vendas de combustíveis anteriormente realizadas e também não declaradas, tal presunção não justifica a cobrança de ICMS, uma vez que, 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 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 3º é nulo, nos termos do art. 18, IV, do RPAF.

O item 4º cuida de mercadorias existentes em estoque, desacompanhadas de documentos fiscais. Por sua vez, o item 5º diz respeito à antecipação do imposto das omissões de entradas dos itens 3º e 4º. Em face disso, nulos são também os itens 4º e 5º, já que estão intimamente relacionados ao 3º.

A repartição fiscal verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento, podendo o contribuinte, antes de nova ação fiscal, sanar quaisquer irregularidades porventura existentes, inclusive mediante denúncia espontânea.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 088502.0011/03-2, lavrado contra **POSTO MODELO LTDA**.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA