

A. I. Nº - 017585.0711/03-5
AUTUADO - AUTO POSTO ITAGIMIRIM LTDA.
AUTUANTE - GEDEVALDO SANTOS NOVAES
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 15.10.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0389-03/04

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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 20/11/03, para exigir o ICMS no valor de R\$51.144,14, acrescido da multa de 70%, em decorrência de:

1. 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) – R\$48.484,86;
2. Falta de recolhimento do imposto pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas, empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício aberto (2003) – R\$2.659,28.

O autuado apresentou defesa (fls. 102 a 105) alegando que o autuante não comprovou a existência de omissão de entradas ou de saídas de mercadorias. Questiona o preço médio da gasolina, diz que existe “duplicidade de números de notas fiscais com 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 sua informação fiscal (fls. 129 e 130), esclarece que tomou 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.

Acrescenta 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. Apresenta, 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. Aduz que, em razão da reunião de produtos afins, é que o preço médio foi calculado, com fundamento em todas as entradas de cada produto.

Alega 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, entretanto “as notas fiscais de entradas, bem como os demais livros fiscais não foram entregues à contabilidade, porque o Escritório estava em recesso”.

Finalmente, pede a procedência do Auto de Infração “considerando que a auditoria fiscal pautou-se dentro dos parâmetros determinados pela Legislação pertinente”.

Como foram juntados novos elementos pelo autuante, o autuado foi intimado a se manifestar (fl. 135), mas preferiu não fazê-lo.

Considerando que não consta nos autos a prova de que os livros e documentos do sujeito passivo foram efetivamente devolvidos pelo preposto fiscal e, ademais, o próprio autuante reconheceu que não entregou as notas fiscais de entradas e os livros fiscais ao contribuinte, esta 3ª JF decidiu converter o PAF em diligência à Inspeção de origem (fl. 138) para que: a) determinasse ao autuante que 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; b) após a providência acima, reabrisse o prazo de defesa de 30 dias para que o contribuinte pudesse apresentar, da forma apropriada, a sua impugnação; c) caso o contribuinte se manifestasse, 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).

O autuado apresentou a sua peça defensiva (fl. 144), ratificando todo o conteúdo de sua manifestação anterior, exceto em relação ao seguinte:

1. diz 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. retifica a afirmação anterior, para aduzir que, na realidade, as notas fiscais de entradas não foram extraviadas, mas “acham-se em poder do auditor fiscal autuante”.

Acrescenta que “os documentos não foram extraviados e sim não estavam em poder da autuada 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 fiscal (fl. 150), ressalta que os livros e documentos fiscais arrecadados por ele foram devolvidos em 26/01/04 e, portanto, entende que o sujeito passivo “não teve a sua defesa prejudicada em face dos livros e documentos fiscais (exceto os LMCs) encontrarem-se em poder da fiscalização, como argumenta, uma vez que o escritório de contabilidade (de onde me foram entregues os referidos documentos) que fica em Eunápolis, encontrava-se em férias coletivas apenas durante o período das festas natalinas e de final de ano”. Acrescenta 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, diz que já foram objeto de sua informação fiscal anterior e pede a procedência do lançamento.

VOTO

Inicialmente, devo ressaltar que o prazo de defesa foi reaberto, haja vista que o autuado somente recebeu os livros e documentos fiscais arrecadados pelo autuante, em 26/01/04, mais de dois meses após a ciência deste lançamento e, dessa forma, rejeito o pedido de nulidade deste Auto de Infração, formulado pelo autuado, por cerceamento de seu direito de defesa.

Por outro lado, analisando melhor as imputações indicadas na presente autuação, verifico que o preposto fiscal descreveu 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).

O autuado atua no comércio varejista de combustíveis e, como tal, normalmente recebe as mercadorias que adquire por meio de notas fiscais com o ICMS pago por antecipação. Entretanto, 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), deve-se exigir o seguinte, consoante o artigo 10, da Portaria nº 445/98:

1. 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), aplicando-se a multa de 70% (art. 42, III, da Lei nº 7.014/96). A base de cálculo é o valor da mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, II, “b”);
2. 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).

Pelo exposto, é 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”, como mencionado pelo autuante, porque o tributo já foi recolhido, como dito anteriormente, de forma antecipada e, portanto, as saídas subseqüentes são desoneradas da incidência do ICMS.

Lembro que, nos casos permitidos legalmente, admite-se, por presunção legal, que o contribuinte, em momento anterior às aquisições, promoveu saídas de mercadorias tributáveis sem documentos fiscais. Caso a presunção legal de omissão de saídas fosse aplicada neste PAF, não haveria ICMS a ser exigido, uma vez que o tributo já havia sido pago antecipadamente nas entradas das mercadorias.

Sendo assim, está equivocado o presente lançamento e não tem base legal para a sua existência, razão pela qual considero que deve ser declarada a sua nulidade, haja vista que os equívocos cometidos neste PAF não são passíveis de retificação.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, representando à autoridade competente, como determina o artigo 156, do RPAF/99, para que proceda à renovação do procedimento fiscal, a salvo de equívocos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **017585.0711/03-5**, lavrado contra **AUTO POSTO ITAGIMIRIM LTDA.**

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

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR