

PROCESSO - A. I. Nº 108880.0008/03-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e POSTO DE COMBUSTÍVEIS ULM LTDA.
RECORRIDOS - POSTO DE COMBUSTÍVEIS ULM LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0444-03/04
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 25/10/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0346-12/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração apontada. Equívocos de fatos comprovam a fragilidade do lançamento. Existência de vícios formais na autuação. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário contra a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$301.256,41, acrescido das multas de 60% e 70%, decorrente de:

- 1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (1998, 2000 e 2001) – R\$258.182,64;*
- 2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (1998, 2000 e 2001) - R\$43.073,77.*

O autuado apresentou Recurso Voluntário por meio de advogado (fls. 564 a 592), contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, com fulcro no art. 169, I, b, do RPAF, suscitando a nulidade do lançamento pelas razões seguintes:

1. Seja preliminarmente o Auto de Infração em epígrafe julgado preliminarmente nulo e por conseguinte arquivado, haja vista que os Auditores Fiscais restringiram-se a efetuarem um insubsistente levantamento quantitativo de estoque, desconsiderando de forma injustificada, os valores reais escriturados pelo impugnante, preço, coeficientes de perdas, aferições e sobras do produto comercializado, instituído por legislação vigente, bem como as provas documentais de transferências de combustíveis da matriz para a Filial (Autuado) e que confirmam, sem sombra de dúvidas, a improcedência do Auto de Infração;
2. Na eventualidade de que não seja acolhida a preliminar de nulidade, que seja reformada a Decisão ora recorrida, para julgar Improcedente o Auto de Infração, haja vista ser desprovido de qualquer fundamento legal;

3. Não obstante, se os Senhores julgadores não admitirem a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, que sejam acatados os documentos ora juntados e que seja procedida uma REVISÃO FISCAL, a fim de que se depure o suposto débito dos valores indevidamente exigidos em decorrência dos erros apontados neste Recurso Voluntário, ou em sendo necessária, a produção de PROVA PERICIAL como determina a Lei, tudo em defesa aos direitos do recorrente e em atendimento aos ideais de justiça e correção tributária.

O presente Auto de Infração foi remetido à PGE/PROFIS para emissão de Parecer, que se pronuncia, resumidamente, sobre os seguintes pontos nos termos que segue:

Parecer da PGE/PROFIS:

O autuado, em razões recursais, argumenta no intuito que seja decretada nulidade do lançamento por falta de verdade material e cerceamento de defesa; necessidade de validação das transferências que ocorreram no mundo fático, aceitando os fortes indícios comprovados (demonstrativos das diferenças dos estoques dos dois postos de gasolina) e/ou validação das transferências constantes nas notas fiscais, assim como nas aferições sistemáticas das bombas; inadequação da base de cálculo por falta de previsão legal dos preços que embasaram o lançamento; necessidade de apuração da base de cálculo para apuração do crédito tributário; descon sideração equivocada das notas fiscais de transferência em virtude das mesmas retratarem as verdadeiras operações de transferência havidas entre filial e matriz; aplicação equivocada do percentual de perdas por evaporação, sendo dever de o fisco considerar o percentual de 0,6% no momento da saída; descon sideração indevida das aferições realizadas nas bombas, eis que, todas as aferições foram rigorosamente anotadas no LMC, conforme documentos anexos ao PAF; cancelamento das multas impostas injustamente; necessidade de revisão fiscal ou produção de prova pericial.

Considera a PGE/PROFIS ausência de argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido, bem como frisa, que o cerne do lançamento reside na constatação, por meio de levantamento quantitativo de estoques, da entrada de combustíveis, no estabelecimento do autuado, desacobertada de documentação fiscal, sendo exigido o imposto normal por solidariedade, bem como o ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo; afirma que as infrações fiscais comprovadas pelo fiscal, são evidentes, conforme cópias dos seguintes documentos: Livro de Registro de Inventário; LMC; cópias de notas fiscais e demonstrativos fiscais. Isto posto, opina a Procuradoria, que sejam afastadas as preliminares de nulidade, afirmado pelo autuado, uma vez inexistir nos autos qualquer vício capaz de comprometer a validade do Auto de Infração. Destaca, a eminente procuradoria, ter sido cumprido o Princípio da Verdade Material, pois, diligências foram procedidas com o fito de se averiguar possíveis equívocos do citado lançamento. No que se diz respeito ao mérito da ação fiscal, deixa claro, que o recorrente reconhece de forma explícita, ter se valido de procedimento discrepante dos termos da legislação tributária, demonstrando além disto, falta de uma organização contábil. Finalmente, considera imprestáveis os argumentos do recorrente, outrossim, não considera possível nova revisão fiscal por falta de elemento novo que enseje nova diligência fiscal.

O presente Auto de Infração foi encaminhado a ASTEC a fim de emissão de Parecer, que também se verificasse a veracidade das questões, abaixo transcritas.

1. *As omissões de saídas no estabelecimento Matriz do autuado, detectadas através do Auto de Infração nº 108800010/03-4 decorreriam da não consideração de notas de transferências para o estabelecimento Filial, ou recorrente?*
2. *Os números das omissões de saída apurados no estabelecimento Matriz coadunam-se com as omissões de entrada verificadas no presente Auto de Infração?*

Parecer da ASTEC:

A ASTEC após apreciar os quesitos acima emite Parecer conforme consta dos autos, fls. 649- 651. Verifica-se ainda que houve por parte da ASTEC, PARECER 162/2004, FL. 406, retificando o valor do Auto de Infração de R\$268.455,19, para R\$273.531,90.

VOTO

Da análise dos autos verifico que pelo menos uma das nulidades suscitadas pelo contribuinte, traz fundamentos de muita consistência. Se não vejamos: o atuado alega em sua peça defensiva que quando o fiscal autuante aplicou a MVA, o fez sobre os preços médios da distribuidora, o que correspondem aos preços encontrados nas notas fiscais de entrada. Tal fato, aludido pelo contribuinte, pôde ser verificado nos autos, na assentada de julgamento.

Ocorre que, a base para a aplicação da MVA, em nenhuma hipótese deveria conter o imposto, pois, caso contrário, sujeitaria o contribuinte a pagar um imposto já recolhido na origem, por substituição. Isto posto, não há que se pensar em aplicação da MVA sobre preço das notas fiscais de entradas, já que naqueles preços já se encontra embutido o devido imposto. Ademais, a forma como o fiscal autuante quis cobrar o imposto, implicaria na possibilidade de elevação do preço final do produto a um patamar que poderia superar o preço praticado para consumidor final, ou seja, superar o custo do produto acrescido da margem de lucro do contribuinte.

A considerar o que se assevera, entendo estar a base de cálculo contaminada de vício, na medida em que, da forma posta, sujeitaria o contribuinte a pagar imposto previamente pago.

Assim, por observar que a base cálculo do levantamento realizado pelo fiscal autuante, e que deu causa ao presente PAF, teve como referência o preço médio do distribuidor de combustíveis, quando deveria ter sido o preço médio antes da aplicação do ICMS previsto em lei, voto pela nulidade do presente Auto de Infração e, em tempo, represento à Inspetoria fazendária de origem, para que, proceda ao refazimento da ação fiscal, nos termos da legislação.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para tornar nulo o presente lançamento, ficando, conseqüentemente, PREJUDICADO o Recurso de Ofício interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 108880.0008/03-0, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS ULM LTDA.**, devendo o procedimento fiscal ser renovado.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros José Antonio Marques Ribeiro, Helcônio de Souza Almeida, Fauze Midlej e Nelson Antonio Daiha Filho.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ ANTÔNIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

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