

A. I. Nº - 088502.0043/03-1

**AUTUADO - POSTO DE GASOLINA DAVID LTDA.**

**AUTUANTES - ANTONIO ANÍBAL B. TINOCO, EDIMAS A. MARINHO e EDVALDO R. DE NOVAES**

**ORIGEM - INFRAZ V. CONQUISTA**

**INTERNET - 09.03.2005**

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0050-03/05**

**EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO.** Lançamento em desacordo com as normas que regam a matéria. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 16/09/2003, refere-se à exigência de R\$17.861,73 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades, mediante levantamento quantitativo de estoques, exercício de 2002:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis não declaradas, com base na presunção de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas efetuou o pagamento dessas entradas com recurso provenientes de operações de saídas realizadas anteriormente e também não contabilizadas. Valor do débito: R\$13.563,59.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função de MVA, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária. Valor do débito: R\$4.298,14.

O autuado apresentou defesa à fl. 72 dos autos, alegando que não foi informado no levantamento fiscal, onde foram obtidos os dados nele consignados, tendo em vista que se trata de uma microempresa, enquadrada no SIMBAHIA, não possui escrituração fiscal, exceto o livro Registro de Inventário, fazendo somente a emissão dos documentos fiscais relativos às operações realizadas, e a documentação não aponta para os números encontrados pela fiscalização. Quanto à primeira infração, argumentou que sendo uma microempresa, não pode o fisco apurar o imposto de duas formas diferentes, ou seja, pelo SIMBAHIA e pelo sistema normal, quando no máximo poderia, talvez, reenquadrá-la, mantendo o cálculo do imposto pelo regime SIMBAHIA.

Em relação ao segundo item do Auto de Infração, ressaltou que inexistem os documentos utilizados para a apuração dos fatos para servir de base ao lançamento. Disse que em se tratando apenas de presunções, a diferença encontrada não pode ser objeto de tributação, e se assim fosse, estaria numa terra sem leis para regular as relações entre as pessoas. Disse que as presunções não podem prosperar diante dos elementos que não deixam dúvidas. Alegou ainda, que não tendo havido a devolução dos documentos solicitados pela fiscalização, reserva o direito de se pronunciar posteriormente, ou de anexar cópias, a exemplo do livro de Inventário. Requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante Antônio Aníbal Bastos Tinoco apresentou informação fiscal à fl. 95 do PAF, dizendo que o autuado apresentou argumentos que seriam plausíveis, caso tivesse consubstanciado sua defesa em cópias do LMC utilizado na ação fiscal, e além de não fazê-lo, tenta descharacterizar a

exigência fiscal, alegando que é microempresa, afirmando que não sabe como foi apurado o valor do imposto exigido, por não possuir escrita fiscal. Entretanto, o autuado se esquece que, o fato de ser microempresa, não o desonera da obrigação de manter os livros obrigatórios, a exemplo do LMC (fls. 17 a 57), apresentado pelo próprio autuado, faltando várias páginas, mas que continha elementos suficientes para dar subsídios à ação fiscal. Disse que, juntamente com o LMC entregue pelo autuado, juntou aos autos cópias do livro Registro de Inventário (fls. 58 a 65), que por si só, comprova o apurado, e não vê como a ação fiscal possa ser elidida sem a apresentação de provas eficazes para descharacterizá-la.

Considerando a alegação defensiva de que não houve devolução dos documentos apresentados à fiscalização, encontrando-se os demonstrativos elaborados pelo autuante sem a necessária assinatura comprobatória do recebimento pelo contribuinte, a 2ª JJF converteu o presente processo diligência à INFRAZ Vitória da Conquista para ser providenciada a entrega de cópias dos demonstrativos acostados aos autos, fls. 06 e de 10 a 16, devendo ser firmado recibo pelo autuado ou seu representante legal, reabrindo o prazo de defesa.

Foi solicitado, também, para o autuante anexar ao PAF a comprovação da devolução ao sujeito passivo dos livros e documentos fiscais utilizados na ação fiscal.

Em atendimento ao solicitado, foi expedida intimação ao autuado (fl. 99), com remessa dos demonstrativos, sendo apresentada nova manifestação pelo sujeito passivo (fl. 102) reafirmando todos os argumentos da impugnação inicial, e que os documentos utilizados pelo autuante não foram devolvidos.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 105, esclarecendo que jamais deixou de entregar os documentos utilizados na ação fiscal, haja vista que necessitou apenas das photocópias, sendo essas entregues pelo contador do autuado que ficou com os originais. Por isso, não existe recibo a ser anexado aos autos. Disse que concorda com a entrega ao autuado de cópia dos demonstrativos de fls. 06 e 10 a 66 dos autos.

## VOTO

O Auto de Infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, em exercício de 2002, sendo constatada diferença quantitativa de entrada de mercadoria tributável, e exigido o imposto relativamente à diferença encontrada.

Inconformado o levantamento fiscal, o autuado alegou em sua defesa que está enquadrado no SIMBAHIA, não possui escrituração fiscal, exceto o livro Registro de Inventário, fazendo somente a emissão dos documentos fiscais relativos às operações realizadas, e sendo uma microempresa, não pode o fisco apurar o imposto de duas formas diferentes, ou seja, pelo SIMBAHIA e pelo sistema normal.

Observo que o Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), foi instituído através da Lei nº 7.357/98, constando no inciso II, do art. 5º da mencionada lei que o tratamento simplificado de apuração não se aplica ao pagamento do ICMS nas operações sujeitas à antecipação tributária.

De acordo com os dados cadastrais do autuado, o mesmo tem como atividade o comércio de combustíveis, mercadorias que estão sujeitas ao pagamento de antecipação tributária, sendo estabelecidos no art. 512 do RICMS/97 os responsáveis pela retenção do imposto nas saídas que efetuarem para fins de antecipação do recolhimento do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Constato que o autuado não exibiu qualquer documento fiscal para comprovar a inexistência de omissão do registro das entradas da mercadoria objeto da autuação, e no caso em exame, não merece prosperar as alegações defensivas, haja vista que, por se tratar de produto enquadrado no regime de Substituição Tributária, não ficou comprovada a origem da mencionada mercadoria, inexistindo consequentemente, comprovação do recolhimento do imposto.

Entretanto, não obstante essa falta de comprovação, de acordo com a descrição da primeira infração, o imposto foi exigido com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas anteriores também não contabilizadas, ressaltando-se que a segunda infração é decorrente da primeira.

Como já foi dito, o autuado tem como atividade o comércio de combustíveis, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação, por isso, é inadequado se falar em presunção de omissão de saídas anteriores, haja vista que, ocorrido o pagamento do imposto por antecipação, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias.

Observo que na constatação de omissão de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, deve-se aplicar a regra prevista no art. 10 da Portaria nº 445/98, exigindo-se o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal. É devido também, o tributo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, devendo ser anexado aos autos o demonstrativo desse cálculo.

Vale ressaltar, que há possibilidade de equívoco no levantamento fiscal, uma vez que não foram consideradas as entradas de combustíveis. No caso em exame, o autuante limitou-se ao exame do LMC, sem computar as notas fiscais de entradas.

Concluo que, no caso em exame, nos moldes como foi descrita a infração apurada, é inadequada a acusação fiscal, relativamente à presunção de omissão de saídas, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria. Por isso, merece ser decretada a nulidade da autuação fiscal, representando-se à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo da falha apontada, conforme art. 156, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 088502.0043/03-1, lavrado contra **POSTO DE GASOLINA DAVID LTDA.**, representando-se à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo da falha apontada, conforme art. 156, do RPAF/99.

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

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR