

PROCESSO - A. I. Nº 022073.9910/05-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
(POSTO DIQUE)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0331-03/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 18/04/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0095-11/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. Trata-se de levantamento quantitativo de estoques, no qual se apurou entradas e saídas de mercadorias, sujeitas à substituição tributária, sem os devidos registros fiscais. O lançamento de ofício exige o ICMS com base na presunção legal de omissão de saídas (infração 1), como também por antecipação tributária (infração 2). Quanto à primeira infração, deve-se exigir o imposto do sujeito passivo atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal. No tocante à segunda exigência, nos autos não constam demonstrativos da apuração do imposto por antecipação tributária. Assim, deve ser renovada a ação fiscal a salvo de falhas. **Recurso NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a-1”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 3ª JFJ, através do Acórdão nº 0331-03/06, que julgou Nulo o Auto de Infração, o qual fora lavrado em razão:

1. *“Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagam. dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Efetuado levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no ano de 2003, constatou-se a entrada de 2.135 litros de álcool comum e 134.716,50 litros de gasolina comum sem documentação fiscal.”*
2. *“Falta de recolh. do imposto, por antecip. tributária, de responsab. do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduz. parcela do tributo calc. a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacomp. de docum. fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias suj. ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levant. quantit. de estoque, em exercício fechado. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo em função do valor acrescido por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal.”*

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Nulo ao concluir que, por ter o autuado a atividade de comércio de combustíveis, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação, 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.

Sustenta que constatada a 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, como 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.

Ressalta também que há possibilidade de equívoco no levantamento fiscal, considerando a alegação defensiva de que não foram computadas as aferições, além de não incluir as entradas de combustíveis por meio de notas fiscais indicadas nas razões de defesa, sendo que o autuante, na informação fiscal, argumentou que as notas fiscais de entradas apresentadas pelo autuado não foram entregues quando da ação fiscal e mesmo que fossem consideradas, reduziriam a omissão de entradas em 35.000 litros, alterando a omissão de entradas de gasolina comum para 44.245 litros, permanecendo a omissão de entradas de álcool, de 2.135 litros.

Assim, conclui 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, merecendo, por isso, ser decretada a nulidade da autuação fiscal, representando à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falha apontada, conforme art. 156, do RPAF/99.

A JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme legislação em vigor.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo dos débitos originalmente exigidos ao julgar nulo o Auto de Infração.

Da análise das peças processuais verifico que está correta a Decisão recorrida, uma vez que, no caso sob análise, por se tratar de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, ao se apurar, através de auditoria de estoque, simultaneamente, omissão do registro de entradas e de saídas de mercadorias, deve-se:

1. Em primeiro plano, desonerar o contribuinte da exigência do imposto relativo às saídas omissas, visto que já foram objeto de cobrança antecipada do imposto, estando suas operações subsequentes com fase de tributação encerrada;
2. Em segundo plano, quanto à diferença nas entradas, se as mercadorias ainda estiverem fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, hipóteses as quais se verificam nos autos, caberia a aplicação do art. 10, inciso I, alíneas “a” e “b”, da Portaria 445/98, no qual estabelece as exigências do imposto devido pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário e a antecipação do imposto, relativo à totalidade da diferença apurada.

Assim, examinando as peças que integram os autos, concluo pela necessidade de se decretar de ofício a nulidade do Auto de Infração, nos termos do artigo 20 do RPAF, diante da falta de certeza e liquidez do lançamento, visto que a imputação atribuída ao recorrente, decorrente da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto (infração 1), não se aplica às operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, pois, em consequência, suas saídas subsequentes são desoneradas da incidência do ICMS. Quanto à segunda infração, não foram anexados aos autos qualquer demonstrativo da apuração do

imposto exigido por antecipação tributária. Logo, devem ser os lançamentos anulados, para serem refeitos integralmente a salvo de falhas.

Do exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, cuja Decisão recorrida, nos termos do art. 20, do RPAF, declarou de ofício NULO o Auto de Infração, do que represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, consoante previsto no art. 156 do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **0220073.9910/05-9**, lavrado contra **RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO DIQUE)**, devendo a autoridade competente, nos termos do art. 156 do RPAF/99, determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO - RELATOR

MARA LINA SILVA DO CARMO - REPR. DA PGE/PROFIS