

PROCESSO - A. I. Nº 232856.0073/08-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTO SANTA RITA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JF nº 0313-02/09
ORIGEM - INFAZ IPIAÚ
INTERNET - 02/12/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0337-11/09

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. NULIDADE. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Trata-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Ocorre que foi exigido o imposto, apurado na planilha às fls. 18 e 21, e consignado no Auto de Infração os valores que seriam devidos por solidariedade, já que se tratava de entradas desacompanhadas de nota fiscal cujas mercadorias se encontram enquadradas no Regime de Substituição Tributária. Infração nula, com base no art. 18, IV, alínea “a” do RPAF/BA; **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Foi exigido o imposto devido por solidariedade, quando que na verdade foi calculado e apurada parcela devida por antecipação através do regime de substituição tributária. Infração considerada nula, com base no art. 18, IV, alínea “a” do RPAF/BA; **c)** ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. Foi apurada, conforme consta à fl. 26 dos autos, a falta de registro de entradas de mercadorias e, conforme o demonstrativo, aplicada a multa de 1% por descumprimento de obrigação acessória. Assim, foi imputado ao autuado a presunção de omissão de saídas por falta de registro de entradas, contudo foi apurado o descumprimento de obrigação acessória por falta de registro das notas fiscais de entradas. Infração nula, com base no art. 18, IV, alínea “a” do RPAF/BA. Recurso **NÃO PROVIDO**. Mantida a Decisão recorrida. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 2ª JF através de Acórdão JF nº 313-02/09, após julgamento pela Nulidade do Auto de Infração, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 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 entradas - 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, no mesmo exercício (2003 e 2004), sendo exigido imposto no valor de R\$197.916,73, com aplicação da multa de 70%;

INFRAÇÃO 2: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercícios fechados (2003 e 2004), sendo exigido imposto no valor de R\$102.444,94, com aplicação da multa de 70%, e,

INFRAÇÃO 3 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no valor de R\$128,16, com aplicação da multa de 70%;

Em Primeira Instância, o Relator da JJF assim se pronunciou:

INFRAÇÃO 1 – *“Verifico, que o autuante com base no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativo à infração 01, atribuiu ao sujeito passivo falta de recolhimento do ICMS constatado através de omissões de entradas que resultaram 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, no mesmo exercício. Ocorre que o autuante apurou na planilha, as fls. 18 e 21, o imposto devido por solidariedade consignando no Auto de Infração os valores que seriam devidos por solidariedade e não por presunção como foi exigido, já que se tratava de entradas desacompanhadas de nota fiscal, cujas mercadorias se encontram enquadradas no Regime de Substituição Tributária. Não há como sanar o aludido vício, pois são infrações de natureza distintas, na medida em que uma trata de responsabilidade solidária e outra de uma presunção prevista no § 4º da Lei nº 7014/96, efeitos jurídico-tributários distintos. Não cabe aplicar a presunção no caso de omissão de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, pois, nesse caso, se exige o imposto devido por solidariedade, pela aquisição de mercadorias sem nota fiscal e é exigido o imposto devido por substituição tributária, não cabendo a aludida presunção.”*

INFRAÇÃO 2 – *“Melhor acerto não houve em relação à infração 02, visto que exigiu os valores devidos por solidariedade, quando na verdade seria parcela devida por antecipação através do regime de substituição tributária. Não há, da mesma forma, como corrigir o vício, na medida em que são infrações de natureza distintas, pois o imposto devido por solidariedade, como já alinhado, não se confunde com o imposto apurado através do regime de substituição tributária, tendo em vista que, além de se tratar de sujeitos passivos de espécies diferentes, repercutem tributariamente de forma diversa, bem como tem forma de apuração do montante devido distintos.”*

INFRAÇÃO 3 – *“A infração 03, trata de uma presunção de omissão de saídas, tendo em vista a apuração de omissões de entradas de mercadorias. No presente caso, foi apurada, conforme consta à fl. 26 dos autos, a falta de registro de entradas de mercadorias e, conforme o demonstrativo, aplicada à multa de 1% por descumprimento de obrigação acessória. Assim, foi imputado ao autuado a presunção de omissão de saídas por falta de registro de entradas, contudo foi apurado o descumprimento de obrigação acessória por falta de registro das notas fiscais de entradas.”*

Em conclusão, a JJF julgou nulas de pleno direito as infrações 1, 2 e 3, com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA., representando à autoridade fiscal da Inspetoria de origem, para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Ao final, recorre de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1 do RPAF/BA.

VOTO

Da análise dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecer reparos o Julgado de Primeira Instância, quando concluiu pela nulidade das três infrações imputadas ao sujeito passivo.

A ação fiscal foi realizada em um contribuinte que exerce a atividade de comercialização a varejo de combustíveis – posto de combustíveis – mercadorias sujeitas à substituição tributária, apurando-se o imposto exigido nas duas primeiras infrações através de levantamento quantitativo de estoque dos exercícios fechados, de 2003 e 2004.

Verificando-se a peça inicial da autuação onde estão descritas as infrações em tela, em cotejo com os demonstrativos e documentos fiscais acostados aos autos pelo fiscal – como bem ressaltou a JJF, constata-se que o autuante enquadrou as irregularidades detectadas de forma equivocada, visto que a infração que descreveu no item 01 da autuação – omissão de saídas por presunção, por falta de contabilização das entradas, lastrada no §4º do art. 4 da Lei nº 7.014/96 – é inaplicável ao caso concreto, pois não cabe aplicar a referida presunção em se tratando de omissão de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sendo devido o imposto por solidariedade pela aquisição de mercadorias sem nota fiscal e o imposto devido por antecipação tributária.

Registre-se, também, que ainda quanto a este item, como também consignou o Relator de Primeira Instância, as planilhas respectivas elaboradas pelos autuante – fls. 18 e 21 – apura o imposto devido por solidariedade, e não por presunção como consta no demonstrativo de débito constante da peça inicial do Auto de Infração.

Já em relação ao item 2, o autuante exige os valores devidos por solidariedade, quando deveria exigir o 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 terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Esta é a regra do art. 10 da Portaria nº 445/98, que assim estabelece:

“Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:

I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:

a) do 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), observando o seguinte:

1 - 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 (art. 60, II, “b”);

2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (70%);

b) do imposto devido 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 previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”);”.

Por fim, quanto à infração descrita no item 3, também comungamos com o julgamento exarado pela JJF, visto que muito embora nele impute-se ao contribuinte a omissão de saídas também por presunção, conforme descrito na peça inicial da autuação, com aplicação da multa de 70%, na planilha de débito elaborado pelo autuante – fls. 26 - consta no demonstrativo de débito a cobrança de multa de 1% sobre os valores das Notas Fiscais nºs 69797, 734149 e 727674 que não teriam sido registradas, hipótese em que de fato não é aplicável a presunção em tela, com exigência de

imposto, mas sim multa percentual de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Tais equívocos comprometem o lançamento de ofício, inviabilizando uma defesa correta por parte do contribuinte, daí porque comungamos com o entendimento do ilustre Relator de Primeira Instância ao ressaltar a impossibilidade de correção dos vícios ora apontados, que inquinam de mácula insanável o presente lançamento de ofício, devendo ser aplicada a regra disposta no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/BA, abaixo transcrito:

“Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração epigrafado.

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 232856.0073/08-9, lavrado contra **POSTO SANTA RITA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS