

A. I. N° - 088502.0002/10-6
AUTUADO - POSTO BELO JARDIM LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO ANÍBAL BASTOS TINÔCO
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 09.11.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0337-04/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. 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”, porque o tributo já foi recolhido de forma antecipada e, portanto, as saídas subsequentes são desoneradas da incidência do ICMS. Infrações 01, 03 e 05 nulas. Uma vez que as infrações 02, 04 e 06 decorrem das de números 01, 03 e 05, declaradas nulas, ou seja, são acessórias das mesmas, devem também ser anuladas, pois “o acessório segue o principal. Auto de Infração declarado NULO de ofício. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 16/03/2010 e exige ICMS no valor histórico de R\$ 25.301,79, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Falta de recolhimento do tributo 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, pagou as mesmas com recursos provenientes de vendas realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado (ano de 2008, 9.964 litros de gasolina comum). Valor exigido de R\$ 6.022,91 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
- 2- Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada sujeita ao regime de substituição tributária, conforme levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (ano de 2008, 9.964 litros de gasolina comum). Valor exigido de R\$ 1.786,39 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.
- 3- Falta de recolhimento do tributo 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, pagou as mesmas com recursos provenientes de vendas realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2.731 litros de óleo diesel em 2008 e 38.356 litros de óleo diesel em 2009). Valor exigido de R\$ 10.384,34 e multa de 70%, p 7.014/96.

- 4- Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada sujeita ao regime de substituição tributária, conforme levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechados (2.731 litros de óleo diesel em 2008 e 38.356 litros de óleo diesel em 2009). Valor exigido de R\$ 3.270,55 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.
- 5- Falta de recolhimento do tributo 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, pagou as mesmas com recursos provenientes de vendas realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercícios fechados (3.620 litros de álcool carburante em 2008 e 5.617 litros de álcool carburante em 2009). Valor exigido de R\$ 2.914,12 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
- 6- Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada sujeita ao regime de substituição tributária, conforme levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechados (3.620 litros de álcool carburante em 2008 e 5.617 litros de álcool carburante em 2009). Valor exigido de R\$ 923,48 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com defesa às fls. 205 a 208, onde afirma que o lançamento de ofício foi construído com base em equívocos que autorizam sua improcedência.

Inicialmente, com relação às infrações 01 e 02, refuta a acusação alegando que o autuante se absteve de considerar no elenco das notas fiscais de entrada da auditoria de estoques aquelas de números 019.978 (10/03/2008, 5.000 litros), 743 (28/04/2008, 5.000 litros) e 2.360 (27/06/2008, 5.000 litros).

No que tange às infrações 03 e 04, fornece informações à fl. 206, relativas a 2008, que entende comprovarem a “sobra de 72,60 litros de óleo diesel”.

Quanto a 2009, o autuante teria omitido nos levantamentos as notas fiscais de entrada 7.854 (23/01/2009, 15.000 litros) e 011.424 (03/07/2009, 25.000 litros), o que afastaria a omissão de entradas de 38.356 litros.

Posteriormente, no que se refere às infrações 05 e 06, aduz que o auditor laborou em equívoco, pois a suposta entrada irregular de 3.620 litros de álcool carburante teria sido acobertada pela nota fiscal número 740, de julho de 2008.

Diz que o autuante cometeu equívoco semelhante no cálculo do débito relativo às mesmas infrações ao não considerar a nota fiscal de entrada número 280, de setembro de 2009, que acobertou a aquisição de 5.000 litros de álcool carburante.

Protesta pelo uso de todos os meios de prova admitidos em direito e requer a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, de fls. 227 e 228, no tocante às duas primeiras infrações, o autuante pondera que os argumentos de defesa relativos às notas fiscais 019.978 (10/03/2008, 5.000 litros), 743 (28/04/2008, 5.000 litros) e 2.360 (27/06/2008, 5.000 litros) são pertinentes, já que só foram computados no levantamento quantitativo de estoques os outros combustíveis designados nas mesmas.

Com referência às infrações 03 e 04, exercício de 2008, destaca supostos equívocos cometidos pelo impugnante à fl. 206, a saber: (i) o estoque inicial é de 47.305 litros (fl. 42), enquanto na defesa foram registrados 47.148 litros; (ii) o estoque final é de 36.136 litros, enquanto na defesa foram registrados 33.361 litros.

Comentando ainda a impugnação relativa às mesmas infrações, desta feita no que se refere ao exercício de 2009, afirma que as notas fiscais 7.854 (23/01/2009, 15.000 litros) e 011.424 (03/07/2009, 25.000 litros) “nunca foram apresentadas, senão agora na defesa da autuada”.

No que tange às duas últimas infrações (exercício de 2008), sublinha que o contribuinte não colacionou aos autos a nota fiscal número 740, de julho de 2008.

Por fim, quanto a 2009, admite que a nota fiscal de entrada número 280, de setembro de 2009, que acobertou a aquisição de 5.000 litros de álcool carburante, invalida apenas em parte o lançamento efetivado.

Conclui pleiteando a subsistência do Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o sujeito passivo se manifesta às fls. 239 e 240.

Aduz que o autuante decidiu revisar o lançamento, no que diz respeito aos produtos álcool e diesel, tendo encontrado resultados conflitantes com os originais. Tanto o primeiro quanto o segundo resultados, encontrados pela fiscalização, não condizem com a realidade, de vez que todas as suas operações, de entradas e saídas, são acobertadas por documentos fiscais.

Destaca o fato de ser acusado de dar entrada a 3.620 litros de álcool em 2008, sem, contudo, ter sido levada em consideração a nota fiscal número 740, que designa a entrada de 5.000 litros desse produto.

Ainda em relação ao precitado exercício social, mostra-se inconformado com a manutenção da diferença originalmente encontrada, de 2.731 litros de óleo diesel, sem a elaboração de qualquer revisão fiscal.

Ratifica na sua inteireza as razões, fundamentos e pedidos da impugnação.

VOTO

Inicialmente cabe registrar que é dever do julgador, ao analisar um processo, preliminarmente, debruçar-se sobre o mesmo sob o ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o PAF por nulidade.

Desse modo, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades previstas na legislação de regência, ou seja, se não estiola quaisquer dos princípios encartados no art. 2º do RPAF/99, em especial os da legalidade estrita e do devido processo legal, constato que o ato administrativo em baila apresenta vício insanável, uma vez que há inadequação na cobrança, por absoluta falta de fundamentação jurídica que a sustente, conforme será demonstrado nas linhas abaixo tracejadas.

Verifico que o preposto fiscal, relativamente às infrações 01, 03 e 05, descreveu as irregularidades daquelas 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”.

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, através 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 mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das com

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, distintos do presente, 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, pois não existe base legal para a sua existência, razão pela qual considero que deve ser de ofício declarada a sua nulidade, haja vista que os equívocos cometidos não são passíveis de retificação.

Infrações 01, 03 e 05 nulas. Uma vez que as infrações 02, 04 e 06 decorrem das de números 01, 03 e 05, declaradas nulas, ou seja, são acessórias das mesmas, devem também ser anuladas, pois “o acessório segue o principal”.

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 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº **088502.0002/10-6**, lavrado contra **POSTO BELO JARDIM LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR