

PROCESSO - A. I. N° 269275.0015/09-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SANFRANCISCO COMBUSTÍVEL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3º JFJ nº 0030-03/11
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0380-11/11

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO (COMBUSTÍVEIS). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Infrações inexistentes, em face das provas apresentadas pela defesa, ficando patente nos autos que parte dos lançamentos foi efetuada a partir de dados aleatórios, presumidos pela autoridade lançadora com base na média do faturamento diário do estabelecimento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso de Ofício em face do acórdão em referência, que julgou pela Improcedência do Auto de Infração, lavrado em 30/9/09 para imputar ao recorrido 08 irregularidades, todas objeto do presente Recurso, quais sejam:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (álcool), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2004), sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.506,60, com multa de 70%;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (álcool), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2005 e 2006), sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.142,84, com multa de 70%;
3. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (gasolina), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2004), sendo lançado imposto no valor de R\$ 71.749,05, com multa de 70%;
4. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (óleo diesel), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2004 e 2005), sendo lançado imposto no valor de R\$ 15.521,26, com multa de 70%;

5. falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (álcool), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2004), sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.111,24, com multa de 60%;
6. falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (álcool), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2005 e 2006), sendo lançado imposto no valor de R\$ 362,17, com multa de 60%;
7. falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (gasolina), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2004), sendo lançado imposto no valor de R\$ 20.061,03, com multa de 60%;
8. falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (óleo diesel), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2004 e 2005), sendo lançado imposto no valor de R\$ 4.321,12, com multa de 60%.

A JJF decidiu a lide sob os fundamentos seguintes, *verbis*:

“Dos 8 lançamentos em discussão, os 4 primeiros dizem respeito a ICMS devido por solidariedade, acurando o autuado de ter adquirido de terceiros mercadorias sem documentação fiscal, e os outros 4 cuidam do imposto devido por antecipação, relativamente às mesmas mercadorias, por serem estas enquadradas no regime de substituição tributária (álcool, gasolina e óleo diesel).

Diante dos documentos apresentados pela defesa, o fiscal autuante excluiu todos os lançamentos referentes a 2005 e 2006, bem como os lançamentos de 2004 relativos a álcool e óleo diesel. Por conseguinte, foram excluídos os lançamentos dos itens 1º, 2º, 4º, 5º, 6º e 8º, remanescendo em parte os valores atinentes aos itens 3º e 7º, que dizem respeito a omissões de entradas de gasolina, reduzindo-se o imposto do item 3º para R\$ 60.782,25 e o do item 7º para R\$ 16.994,72.

Inconformado com o resultado da revisão, o autuado manifestou-se reclamando que o fiscal teria alterado equivocadamente as saídas, sob o pretexto de que houve extravio do LMC, fato este não apontado no Auto. Além disso, o autuado reclama que o fiscal considerou as aferições diárias como saídas efetivas, enquanto que nos registros do LMC tais aferições são deduzidas das saídas, pelos seus retornos aos tanques. Observa que o Auto de Infração não consta acusa o extravio do LMC, resolvendo o fiscal posteriormente, ao prestar a informação, alterar as leituras dos “bicos” de forma arbitrária.

Foi determinada uma diligência para verificação dos pontos em questão, relativamente aos itens 3º e 7º. Ao determinar a diligência, esta Junta partiu do pressuposto de que, se o LMC se encontrava extraviado, o autuante, ao consignar nos demonstrativos as leituras dos “bicos” (encerrantes), teria se baseado em algum elemento, aduzindo-se que a eventual ausência do LMC poderia ser suprida, por exemplo, pelos estoques constantes no Registro de Inventário.

Porém, ao cumprir a diligência, o auditor designado pela ASTEC, depois de intimar o contribuinte, tendo sido confirmado o extravio do LMC, revelou uma coisa inacreditável. Segundo ele, tendo entrado em contato com o fiscal autuante a respeito da divergência das leituras dos “bicos” entre os demonstrativos originais e os que foram elaborados por ocasião da informação fiscal, o autuante lhe declarou que, como durante a ação fiscal o contribuinte não apresentou o LMC, ele, autuante, na expectativa de que o contribuinte ao se defender juntasse o LMC, para um possível ajuste ao ser prestada a informação fiscal, “presumiu pela média de faturamento diário” o valor das saídas dos bicos, sendo que, como o contribuinte, na defesa, não apresentou o LMC, ele, autuante, ajustou o levantamento em razão dos dados apresentados pela defesa, mas desconsiderando o valor anteriormente apurado como se fora de 31 de dezembro de 2004, pondo em seu lugar o valor constante no LMC em 4 de fevereiro de 2005.

Isso não é nem arbitramento. O que foi feito neste caso não tem nome. É inadmissível que, na falta de dados concretos, a fiscalização “presuma” valores aleatoriamente, com base na média de faturamento diário. E o conserto ficou pior, porque, não tendo o contribuinte na defesa apresentado o LMC, o autuante ajustou o

levantamento com base nos dados apresentados pela defesa – sem nenhuma comprovação. Além disso, foi desconsiderado o valor anteriormente apurado como se fora de 31 de dezembro de 2004, pondo em seu lugar o valor constante no LMC em 4 de fevereiro de 2005. Isso também é inadmissível.

Por esses aspectos, os lançamentos dos itens 3º e 7º seriam nulos, haja vista que, apesar de o Registro de Inventário se encontrar nos autos, possibilitando conhecer-se os estoques inicial e final, conforme foi informado pela ASTEC, não é possível saber qual a efetiva saída de gasolina no exercício de 2004.

No entanto, o fiscal diligente conclui o Parecer declarando que, de acordo com os elementos disponíveis nos autos, mantendo-se como saídas com Notas Fiscais os valores registrados pelo autuante no levantamento quantitativo inicial, procedeu ao ajuste do procedimento, não apurando omissão passível de exigência fiscal. Sendo assim, a exemplo dos demais itens, cuja improcedência já havia sido reconhecida pelo autuante, os lançamentos dos itens 3º e 7º também são improcedentes.

Tanto o contribuinte como o fiscal autuante foram cientificados do Parecer da ASTEC, e não se manifestaram.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração”

Ao final do voto, por força do que impõe o art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

Do exame dos autos, constato que procedem as desonerações feitas pelo fisco e confirmadas como pertinentes pela JJF.

De início, por força da documentação apresentada pelo contribuinte quando da impugnação, o autuante na informação fiscal de fl. 124 acompanhada de planilhas – levantamento quantitativo de estoque - concordou com os argumentos defensivos de que não havia por ele sido considerada a aferição diária (20 litros) dos diversos bicos regularmente escriturados no LCM. E, por constatar tal falha, sem considerar tais saídas, autorizadas que são pelo DNC, concluiu que, em relação aos exercícios de 2005 e 2006 nada mais havia a exigir de ICMS, posto que não houve omissão de entrada. Idem quanto ao exercício de 2004 referentemente a álcool e diesel, o que implicou na insubsistência das infrações 1, 2, 4, 5, 6 e 8.

E, quanto ao exercício de 2004 sobre a mercadoria gasolina- infrações 3 e 7, como acima relatado, ante o teor da manifestação do sujeito passivo às fls. 157/159 que asseverou ter a fiscalização alterado arbitrariamente as leituras dos bicos e pugnando pela nulidade da autuação, a JJF em busca da verdade material, converteu o PAF em diligência à ASTEC, chegando a conclusão de que a fiscalização baseou-se em mera suposição, como visto seguir :

*“Porém, ao cumprir a diligência, o auditor designado pela ASTEC, depois de intimar o contribuinte, tendo sido confirmado o extravio do LMC, revelou **uma coisa inacreditável**. Segundo ele, tendo entrado em contato com o fiscal autuante a respeito da divergência das leituras dos “bicos” entre os demonstrativos originais e os que foram elaborados por ocasião da informação fiscal, o autuante **lhe declarou que, como durante a ação fiscal o contribuinte não apresentou o LMC, ele, autuante, na expectativa de que o contribuinte ao se defender juntasse o LMC, para um possível ajuste ao ser prestada a informação fiscal, “presumiu pela média de faturamento diário” o valor das saídas dos bicos, sendo que, como o contribuinte, na defesa, não apresentou o LMC, ele, autuante, ajustou o levantamento em razão dos dados apresentados pela defesa, mas desconsiderando o valor anteriormente apurado como se fora de 31 de dezembro de 2004, pondo em seu lugar o valor constante no LMC em 4 de fevereiro de 2005.**”*

Ora, o lançamento de ofício não tem lastro fático-jurídico de sustentação, e como bem pontuou o ilustre Relator de primeiro grau, a partir de tal suposição claramente aleatória e divorciada da verdade material, pois houve irregular arbitramento baseado na média de faturamento diário, muito embora estivesse posto à disposição do fisco o livro de Registro de Inventário com o espelho das entradas e das saídas no período à vista do cotejo entre o estoque inicial e o final.

A hipótese seria de nulidade. Entretanto, como constato, acertadamente a ASTEC ao verificar que as notas fiscais de saídas correspondem aos valores registrados pelo autuante no levantamento quantitativo inicial, comprovou que efetivamente não houve qualquer omissão acerca de gasolina

no período de 2004, e invés de declarar a nulidade da autuação respectiva das infrações 3 e 7, as julgou improcedentes, por não ter sido apurado omissão passível de exação fiscal.

Desse contexto, correto afirmar que a desoneração sobre todas as infrações guardam correlação com o conjunto das provas exibidas pelo contribuinte em sua defesa, sendo, portanto, comprovadamente, insubsistentes.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269275.0015/09-9**, lavrado contra **SANFRANCISCO COMBUSTÍVEL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

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