

PROCESSO - A. I. Nº 060624.0112/10-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTO TAQUIPE DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2º JJF nº 0159-02/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04.04.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0130-13/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR, COM SEGURANÇA, A INFRAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. No presente lançamento de ofício, verifica-se a existência de vício insanável que fulmina o Auto de Infração, que é a falta de elementos suficientes para se determinar a infração, com segurança, fundamentada em arquivos magnéticos inconsistentes, o que também acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório, por gerar uma insegurança jurídica. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0159-02/12, por ter julgado Nulo o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado, em 29/06/2011, para exigir o ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 253.517,94, em razão de:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 195.183,91, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (ÁLCOOL, GASOLINA COMUM, GASOLINA ADITIVADA E ÓLEO DÍESEL) de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no exercício de 2008, apurada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$ 58.284,03, 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 (GASOLINA COMUM, ALCÓOL, GASOLINA ADITIVADA E ÓLEO DÍESEL) de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no exercício de 2008.
3. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2008), sendo aplicada a multa no valor de R\$ 50,00.

A Decisão recorrida foi pela nulidade do Auto de Infração, diante das seguintes considerações:

O levantamento quantitativo por considerar a movimentação quantitativa dos produtos no estabelecimento, o seu resultado deve expressar o real movimento das mercadorias, e demonstra claramente a apuração do crédito tributário.

Na defesa fiscal o patrono do autuado comprovou a existência de erros na auditoria de estoques concernentes aos estoques iniciais e finais, falta de inclusão e inclusão de notas fiscais em duplicidade.

A autuante concordou com a defesa e procedeu as devidas retificações no levantamento quantitativo de cada produto, com a inserção das notas fiscais que não haviam sido apresentadas no curso da fiscalização, bem como, os demais ajustes no trabalho fiscal, inclusive justificou o motivo das digitações em duplicidade, opinando, ao final, pela manutenção de seu procedimento fiscal.

Examinando os documentos acostados à informação fiscal, fls. 573 a 576, verifico que além de cópias de notas fiscais, foram anexados também, levantamentos e demonstrativos para cada produto, nos mesmos moldes dos levantamentos iniciais, nos quais, foram constatadas diferenças de entradas, porém, não foi apurada, nos campos próprios do demonstrativo, nenhuma diferença, e conseqüentemente, nenhum imposto a recolher, conforme constam nas fls. 744, 752, 760 e 764.

Tal fato, por si só, conduziria a conclusão de improcedência dos itens em questão. Contudo, verifico que a autuante ao prestar sua informação fiscal declarou textualmente que:

- a) constatou erro no arquivo magnético utilizado no trabalho fiscal;*
- b) dada a grande quantidade de documentos fiscais lançados, optou por fazer a conferência por amostragem;*
- c) ao tomar conhecimento da defesa, não conseguiu esclarecer as notas fiscais emitidas pelos fornecedores do autuado, em razão do arquivo enviado se encontrar vazio;*
- d) por não obter nenhum esclarecimento acerca das notas fiscais emitidas pela Petrobrás, optou por manter a duplicidade das notas fiscais no levantamento quantitativo, por entender que tais documentos fiscais não têm influência nos levantamentos.*

Diante disso, estamos diante de um vício, que em princípio poderia ser saneado com a conversão do processo em diligência para que a autuante refizesse todo o levantamento quantitativo. Porém, considerando as informações acima alinhadas, concluo que o levantamento quantitativo de que cuida os autos, não oferece segurança quanto aos números apurados nos itens 01 e 02. Igualmente, no que tange ao item 03, uma vez que a omissão de saídas apurada foi baseada no mesmo levantamento quantitativo, apesar de o autuado ter reconhecido o valor da multa aplicada, por falta de omissão dos documentos fiscais respectivos.

Nestas circunstâncias, apesar de a autuante no final de sua informação fiscal ter opinado pela manutenção de seu procedimento fiscal, verifico que a revisão procedida pela mesma se baseou em arquivo magnético contendo informações que não refletem a realidade das operações realizadas pelo estabelecimento, caracterizando falta de certeza quanto às infrações imputadas ao sujeito passivo.

Desta forma, tendo em vista o disposto no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, impõe-se a nulidade do lançamento consubstanciado do Auto de Infração objeto do presente processo, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração.

Por fim, a JJF recorre de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, no tocante às infrações 1 a 3, as quais foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, o qual, conforme bem frisou o Acórdão recorrido, por considerar a movimentação quantitativa dos produtos no estabelecimento, o seu resultado deve expressar o real movimento das mercadorias, e demonstrar claramente a apuração do crédito tributário.

Contudo, da análise das peças processuais, se observa que ao autuante, após concordar em parte com as alegações de defesa e admitir a ocorrência de “digitações em duplicidade”, quando da sua informação fiscal (fl. 575), afirma que:

- a) constatou erro no arquivo magnético utilizado no trabalho fiscal;*
- b) dada a grande quantidade de documentos fiscais lançados, optou por fazer a conferência por amostragem;*
- c) ao tomar conhecimento da defesa, não conseguiu esclarecer as notas fiscais emitidas pelos fornecedores do autuado, em razão do arquivo enviado se encontrar vazio;*

- d) por não obter nenhum esclarecimento acerca das notas fiscais emitidas pela Petrobrás, optou por manter a duplicidade das notas fiscais no levantamento quantitativo, por entender que tais documentos fiscais não têm influência nos levantamentos.*

Sendo assim, verifica-se que a acusação fiscal se fundamenta em arquivo magnético contendo informações que não refletem a realidade das operações realizadas pelo estabelecimento, caracterizando falta de certeza quanto às infrações imputadas ao sujeito passivo. Em consequência, podemos asseverar que, no presente lançamento de ofício, verifica-se a existência de vício insanável que fulmina o Auto de Infração que é a falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o que, por si só, já causaria a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, o que também acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório, por gerar uma insegurança jurídica.

Logo, vislumbro a necessidade da renovação da ação fiscal, em obediência aos ditames legais, por estar convencido de que restou, *in casu*, comprovada a ocorrência de vício insanável, diante da ausência da formalidade essencial acima mencionada, disso resultando a nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para julgar NULO o Auto de Infração, do que, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, ressaltando que, tratando-se de nulidade material, atente-se para o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 **060624.0112/10-2**, lavrado contra **POSTO TAQUIPE DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, representando à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, dentro do prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

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