

A. I. Nº - 22073.0015/17-0
AUTUADO - J&J COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - DANIEL ANTONIO DE JESUS QUERINO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08.10.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0141-02/18

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. EXERCÍCIO FECHADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NORMAL. **b)** RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. Falta de certeza e liquidez do lançamento. Incongruências entre a acusação fiscal para com os papéis de trabalho, bem como incorreções e carências dos autos implicam em insegurança quanto à presunção de legitimidade do crédito tributário. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do procedimento fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 07/12/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$31.444,22, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 (04.05.08) - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado. Valor: R\$ 24.247,62. Período: Exercícios de 2013 e 2014. Enquadramento legal: Art. 6º, IV; Art. 23, I, da Lei 7.014/96, c/c art. 217 do RICMS/12; Art. 10, I, "a", da Port. 445/98. Multa: Art. 42, III, da Lei 7.014/96.

Infração 02 (04.05.09) - falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do autuado, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado. Deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios fechados. Valor: R\$7.196,60. Período: Exercícios de 2012 e 2013. Enquadramento legal: Art. 6º, IV; Art. 23, I, da Lei 7.014/96, c/c/ art. 217 do RICMS/12; Art. 10, I, "a", da Port. 445/98. Multa: Art. 42, II, "a", da Lei 7.014/96.

Através de advogado legalmente constituído, o autuado impugna o lançamento às fls. 71-82. No item "I." argui a nulidade do Auto de Infração alegando deficiência de informações, desconhecimento e não apresentação de NFs pelo autuante, o que, violaria o contraditório e seu direito de ampla defesa.

Exemplificando que todas suas aquisições de gasolina e álcool são na quantidade de 5.000 ou 10.000 litros, diz ser contribuinte regular cumpridor de obrigações tributária; que o levantamento fiscal contém NFs que o autuado desconhece e que não lhes foram apresentadas, a ponto de poder afirmar que não foram recebidas/emitidas/escrituradas pela autuada. Erro que entende implicar na nulidade do AI.

Admite que tais NFs não foram lançadas nos seus livros próprios (LMC) porque elas não existem. Reproduzindo o art. 5º, LV da CF/88, diz que somente com a apresentação das NFs, que diz destacadas em anexo, seria possível exercer o pleno direito de defesa.

Requer a declaração da nulidade do AI e ante a não apresentação das NFs que diz inexistentes, no mérito, requer que o AI seja julgado improcedente. Caso não seja esse o entendimento, pede seja determinado ao autuante a apresentação das referidas NFs que afirma desconhecer ou lhe seja franqueado o acesso às mesmas.

No item “2”, reproduzindo os artigos 173, I, parágrafo único e 150, § 4º do CTN e ementas de decisões judiciais, alega incidência de decadência de parte do AI, posto que a lavratura data de 13/12/2017.

No item “3”, reproduzindo excerto doutrinário acerca de “multa de mora” e ementa de sentença nesse sentido, alega a inaplicabilidade da multa e juros de mora por considerá-las desproporcionais e confiscatórias, no caso concreto.

No item “4”, requer revisão fiscal para depuração do suposto débito e os valores que alega caducados por ocorrência da decadência.

Concluindo, requer que a Impugnação seja acolhida, julgada procedente e declarada a nulidade do AI. Caso assim não se entenda, que lhe seja oportunizada vistas/acesso às NFs que diz desconhecer e, ainda, seja procedida revisão fiscal para depurar o débito e valores que entende decaídos.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 156-158. Descrevendo os fatos informa o seguinte:

Infração 01

Que efetuou o procedimento fiscal por levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado relativo aos anos de 2012 a 2016, constatando que nos exercícios 2012 a 2013, as omissões de entradas foram maiores que as de saídas. Já nos exercícios 2014, 2015 e 2016, as omissões de saídas foram maiores que as de entradas.

No exercício de 2012, as omissões de entradas são: Gasolina Comum = 7.957 litros; Gasolina Aditivada = 351 litros; Álcool = 663 litros.

No exercício 2013, as omissões de entradas são: 27.586 litros.

Sobre as NFs desconhecidas pela autuada, com 1.040, 380, 680 litros, etc., diz que tais números constantes no levantamento quantitativo se referem às aferições, fazendo o seguinte exemplo:

- a) No levantamento de 2013, consta o número 02 = 1.591 litros de aferição, que são limitados a 20 litros por bico; Gasolina Aditivada, número 04 = 700 litros; Álcool, número 06, = 1.120 litros; Diesel, número 08 = 360 litros;
- b) No ano 2012: Gasolina Comum, número 02 = 1.040 litros; Gasolina Aditivada, número 04 = 380 litros;
- c) Também constam nos anos 2014 a 2016, páginas 26 a 28, 30 a 32 e 36 a 38. Esses números referem-se aos litros das aferições que são colocados no demonstrativo de estoque nas entradas.

Já às páginas 41 a 44, consta as aberturas e fechamentos dos bicos; o total das vendas através dos bicos; o total das vendas anuais dos produtos; o dia e ano em que alguns bicos foram fechados e abertos e as aferições durante dos produtos no ano, já com a redução de 20 litros por bico e por produto.

Fala que o Impugnante não apresentou NF para reduzir o valor da omissão de entrada.

Quanto às multas, diz serem as previstas na legislação.

No que diz respeito à decadência, fala que, conforme o art. 173 do CTN, o direito de constituição do crédito se extingue após 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Expressa que a ação para a cobrança prescreve em cinco anos contados da data de sua constituição definitiva. Que o fato gerador ocorreu em 31/12/2012 e que contados os 5 anos o termo final seria dezembro de 2017.

Pede que o AI seja julgado procedente.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz 02 (duas) infrações apuradas por levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, pelas quais se exige o valor de R\$31.444,22.

Defendendo-se, o sujeito passivo alega: a) preliminar de nulidade do AI por sentir-se cerceado em seu direito de defesa, dizendo que o preposto fiscal procedeu a um irregular levantamento fiscal, sem amparo legal e que considerou NFs que desconhece, as quais não lhes teriam sido apresentadas; b) decadência quanto ao direito de o fisco constituir crédito fiscal no que se refere ao exercício de 2012, já que, entendendo ser o caso de contagem de prazo decadencial com a regra contida no art. 150, § 4º do CTN, o AI foi lavrado 13/12/2017, portanto, após transcorridos 5 (cinco) anos do fato gerador.

Então, antes da análise de mérito, vou à apreciação da questão preliminar que, tratando do aspecto formal do AI, em qualquer caso, deve ser, necessária e oficiosamente, antecipadamente vista, ainda quando não suscitada, em homenagem ao devido processo legal.

Pois bem, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, estabelece formalidades que devem ser seguidas tanto pela Administração tributária quanto pelo sujeito passivo para que o processo siga o rito normal com julgamento de mérito do conflito aberto pelo Impugnante.

Quanto ao ônus probatório, ao fisco cabe comprovar o cometimento da infração com provas necessárias à demonstração do fato arguido, devendo este estar acompanhado de demonstrativos e/ou levantamentos congruentes.

Com relação à Administração tributária ativa ou autuante, ao que me interessa para este Auto de Infração, a matéria está especialmente disciplinada nos artigos 28, § 4º, 39, III, IV, 41, 42, 46 e 110, do RPAF.

Ainda que ante o ambiente da Escrituração Fiscal Digital a simples alegação de desconhecimento de NFs em que o Impugnante figura como destinatário de mercadoria de seu mix comercial, por si só não seja motivo para reconhecimento da nulidade suscitada, mas uma simples negativa do cometimento da infração que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (RPAF: art. 143), examinando os autos, constato incongruências entre a acusação fiscal descrita no AI para com os papéis de trabalho elaborados pelo autor do feito e autuados como necessárias provas à demonstração dos fatos tidos como causa da autuação.

Tais incongruências, somadas à uma confusa e obscura descrição dos fatos arguidos, bem como incorreções e carências verificadas nos autos, de fato, impedem determinar a natureza das infrações e o montante do débito tributário, a ponto de convencer-me que o procedimento fiscal resultou na formação de um lançamento de ofício pouco claro e inseguro quanto à presunção de legitimidade do crédito fiscal.

Forçoso é, pois, reconhecer que o lançamento de ofício não contém suficientes e necessários elementos para se determinar, com segurança, as infrações, em especial, quanto a se o valor do imposto exigido corresponde ao valor devido pelo sujeito passivo, senão vejamos:

- a) Na descrição dos fatos o preposto fiscal expressa que:
 - a.1) Declaração que o levantamento quantitativo de estoques foi efetuado para os exercícios 2012, 2013, 2014, 2015 e 2016;
 - a.2) Em 2012 e 2013, as omissões de entradas foram maiores que as omissões de saídas;
 - a.3) Em exercícios 2014, 2015 e 2016, as omissões de saídas foram maiores que as omissões de entradas;
- b) Pela **Infração 01 (04.05.08)** se exige o valor de R\$ 24.247,62, relativo às seguintes ocorrências:

- b.1) 30/12/2013 = R\$ 18.397,10;
- b.2) 31/12/2013 = R\$ 5.610,75;
- b.3) 31/01/2014 = R\$ 239,77;
- c) Pela **Infração 02 (04.05.09)** se exige o valor de R\$ 7.196,60, relativo às seguintes ocorrências:
 - b.1) 31/12/2012 = R\$ 1.664,14;
 - b.2) 31/01/2013 = R\$ 75,89;
 - b.3) 31/12/2013 = R\$ 5.456,57;
- d) Constantes desordenadamente nos autos, os demonstrativos suporte das infrações se acham nas fls. 09-40. Nestes, observa-se que, ainda que o preposto fiscal tenha se referido à Infração 04.05.05 - que não consta do AI -, apenas o demonstrativo de fl. 22 (período do levantamento: 01/01/2013 a 31/12/2013), aponta o valor em R\$18.397,10, que é congruente com a ocorrência de 30/12/2013 da Infração 01 (04.05.08);
- e) Para as demais ocorrências, seja da Infração 01 (**04.05.08**) ou da Infração 02 (**04.05.09**), não há demonstrativos suporte congruentes com a exação fiscal;
- f) Com data de ocorrência em 31/12/2012, há apenas a exigência fiscal de R\$1.664,14, sem correspondente demonstrativo de apuração de tal valor;
- g) Embora não conste do demonstrativo de débito do AI, vê-se nos autos como relativo a uma Infração 04.05.04, valor de imposto apurado de R\$5.850,09, com período de levantamento 01/01/2012 a 31/12/2012 (fl. 14);
- h) Embora não conste do demonstrativo de débito do AI, vê-se nos autos como relativo a uma Infração 04.05.02, valor de imposto apurado de R\$1.725,01, com período de levantamento 01/01/2015 a 31/12/2015 (fl. 35);
- i) Embora não conste do demonstrativo de débito do AI, vê-se nos autos como relativo a uma Infração 04.05.01, valor de imposto apurado de R\$ 14.974,84, com período de levantamento 01/01/2016 a 31/12/2016 (fl. 40);

Assim, dado que nem mesmo na oportunidade da Informação Fiscal de fls. 156 o autor do feito logrou evidenciar a presunção de certeza do lançamento tributário que lavrou, com fundamento no art. 18, II, do RPAF, sem adentrar acerca do mérito da autuação, reconheço a existência de insanáveis vícios no lançamento fiscal em juízo administrativo, por perceber que ele não contém suficientes elementos para se determinar, com segurança, as infrações acusadas, nem mesmo se, em existindo, o valor exigido corresponde ao efetivamente devido pelo obrigado tributário.

Portanto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração e, com fulcro no art. 21 do RPAF recomendo a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **22073.0015/17-0**, lavrado contra a empresa **J&J COMBUSTÍVEIS LTDA.**, recomendando a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2018

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - JULGADOR