

PROCESSO - A.I. Nº 09249370/03
RECORRENTE - ANUNCIAÇÃO E COELHO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0368/01-03
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 05.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0649-11/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO DE PROCEDIMENTO. IMPRECISÃO NA DETERMINAÇÃO DO MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. O lançamento do crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscal agir nos restritos termos da legislação. A autuação contém vícios dubiamente caracterizados. A utilização do Modelo 2 Auto de Infração no trânsito de mercadoria determina um momento único para a ocorrência e o respectivo fato gerador. Incerteza e inconsistência da acusação fiscal. Declarada de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/06/03, cobra ICMS, no valor de R\$23.220,00 acrescido da multa de 100%, decorrente da apreensão de documentos fiscais no estabelecimento do autuado, quando ficaram constatadas as inidoneidades dos documentos, tendo em vista que o emitente das mercadorias se encontrar com sua inscrição estadual cancelada neste 16/10/02.

Foram apreendidas as Notas Fiscais nº 5250, 005128, 005172, 004754 e 04889, emitidas pela empresa Sampaio Comercial Lubrificantes e Derivados de Petróleo LTDA.

O autuado (fls. 12 a 14), por representante legalmente constituído, apresentou preliminar prejudicial ao mérito da autuação, entendendo não ser pólo passivo da infração apurada. Neste sentido, analisou os dispositivos legais infringidos e indicados pelo autuante (art. 209, VII, "b", c/c o art. 142, I do Decreto 6.284/97 e art. 42, IV, "a" da Lei nº 7.014/96) para afirmar que os sujeitos passivos da obrigação tributária se dividem em contribuintes e responsáveis. Os primeiros são aqueles que têm relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador do imposto e os segundos, os que cumprem a obrigação por imposição da lei, sendo necessária uma vinculação com o fato gerador, que não seja direta, sob pena de ser caracterizado como contribuinte. Desta interpretação, resultava que o sujeito passivo da infração ora em lide foi o emitente do documento fiscal e não o destinatário, que não estava obrigado por lei a verificar a regularidade formal da "nota fiscal" ou se o contribuinte está com inscrição regular. Disse que a "solidariedade" prevista no art. 142, "caput" e inciso I, RICMS/BA, ocorre no caso do remetente da mercadoria não exigir, quando realizar operações com outros contribuintes, o cartão de inscrição estadual, vez que poderá ser a ele imputada a responsável solidária.

Prosseguindo, entendeu que o art. 121, II, do CTN deve ser interpretado em sintonia com art. 129 e 134, do mesmo diploma sob pena de se "criar" responsabilidade de "terceiros" fora do quadro legal do art. 134, do CTN, para quem sequer, teria qualquer relação com o fato gerador da obrigação.

Face ao exposto, requereu a nulidade da ação fiscal.

Auditora fiscal chamada para prestar informação (fls. 29/30) ratificou o procedimento fiscal com base no art. 191 e art. 39, V do RICMS/97. Além do mais, entendeu que o impugnante equivocou-se na interpretação do art. 142 do Regulamento quando expôs que a responsabilidade solidária nele expressa somente se referia ao contribuinte remetente das mercadorias e não aos seus destinatários.

VOTO DO RELATOR DA 1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]

“O Auto de Infração reclama ICMS pela aquisição de mercadoria (álcool hidratado) acobertada por notas fiscais inidôneas. A fiscalização do trânsito de mercadorias apreendeu (Termo nº 102406), no estabelecimento do autuado, notas fiscais consideradas inidôneas pela norma tributária do Estado pelo fato do seu emitente, quando da época de suas emissões, estar com a inscrição estadual cancelada, portanto em situação irregular perante o fisco estadual, sendo impedido de emitir qualquer nota fiscal.

O impugnante entendeu nula a ação fiscal, advogando ser parte ilegítima da lide, vez que a responsabilidade da emissão das notas fiscais em questão não poderia ser a ele imputada, não está obrigado a verificar a situação cadastral dos seus vendedores nem as formalidades legais dos documentos fiscais pelos mesmos emitidos. Neste sentido fez uma explanação jurídica, para, por fim, afirmar que na questão não poderia ser invocada a responsabilidade solidária do autuado.

Entendo que as colocações postas pela auditora fiscal que prestou informação estão de acordo com a norma regulamentar. O RICMS/97 determina em seu art. 190 que o documento fiscal será considerado inidôneo quando emitido por contribuinte nas situações mencionadas no seu art. 209, VII. No caso presente, as notas fiscais foram emitidas pela Sampaio Coml. Lubrificantes de petróleo Ltda, empresa com inscrição estadual cancelada desde 23/10/02 (art. 209, VII, b). Indo adiante, claramente expressa a norma regulamentar no seu art. 191, Parágrafo Único que o contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de atendimento da Secretaria da Fazenda, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial. Ou seja, quando usa o termo “operação comercial” está a falar de ambas as partes nela envolvida, comprador e vendedor.

Além do mais, analisando as Notas Fiscais em questão, fica provado:

1. *embora indicando AIDF concedido por esta Secretaria da Fazenda para talões de emissão manuscrita, nos referidos documentos fiscais a sua numeração foi colocada após impressão. Os números são carimbados de maneira aleatória, ou seja, a Nota Fiscal nº 5250 assim se encontra grafada. As de números 5128, 5172 e 4754 foram grafadas como 005128, 005172 e 005250. A de nº 4889, grafada como 04889. Todas da mesma AIDF. Além do mais, a símbolo da palavra “número”, nelas consignado está, igualmente, grafado de maneira diferente.*
2. *A Nota Fiscal nº 5250 foi emitida em 22/11/02, a de nº 005128 em 11/12/03, aquela de nº 005172, em 01/01/03, a de nº 004754 em 12/03/03 e a de nº 04889 em 23/04/03, demonstrando, inquestionavelmente, a irregularidade nas suas emissões.*
3. *Em todas as notas fiscais existe destaque do imposto para crédito fiscal do autuado, como se a operação realizada fosse de uma mercadoria não enquadrada na*

substituição tributária.

Embora tais fatos não tenham sido questionados pelo preposto fiscal, os fiz para demonstrar que qualquer caminho de análise feita me leva à inidoneidade dos documentos fiscais.

Isto posto, o art. 11, I, b), da Lei Complementar nº 87/96 determina que o local da operação ou prestação, para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável é aquele onde se encontra a mercadoria quando em situação irregular, ou pela falta de documentação fiscal ou acompanhada de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária. Estas determinações foram recepcionadas pelo art. 13, I, b), da Lei nº 7.014/96. Por sua vez, o art. 39, V do RICMS (Dec. nº 6.284/97) indica como responsável tributário o autuado ao incorporar as determinações acima citadas, determinando que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos devidos pelo contribuinte de direito qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.

Assim, está perfeitamente determinada ao autuado a responsabilidade solidária prevista em lei, por estar comercializando mercadorias adquiridas acobertadas por notas fiscais inidôneas.

No mais, a discussão da norma prevista no art. 142 do RICMS/97, embora pertinente e, inclusive, sugerida pelo autuante, não é a mais correta para determinar a responsabilidade do impugnante. E, por fim, as regras dos art. 129 e 134 do CTN não são aquelas a ser aqui invocadas, mas sim, as do art. 124 e 131 do referido Código tributário.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Regularmente notificada do Julgamento da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão recorrido JJF nº 0368/01-03 pela Procedência do Auto de Infração nº 924937-0/03, a empresa autuada retorna argüindo ilegalidade da autuação em virtude de inexistir responsabilidade solidária do recorrente além de considerar confiscatório o efeito do tributo cobrado.

Inicia as suas razões recursais aduzindo que é uma pessoa jurídica de direito privado idônea e cumpridora das suas obrigações tributárias e que nunca apresentou ao Fisco qualquer documento inidôneo.

A relação de confiança mantida ao longo do tempo com a empresa vendedora das mercadorias – SAMPAIO COMBUSTÍVEIS LUBRIFICANTES E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA – determinou que só fossem juntadas notas fiscais emitidas por aquela empresa somente após a data de cancelamento da sua inscrição e que foram apreendidas pelo representante do Fisco. Assim, como não verificou via internet ou nos terminais de atendimento da SEFAZ, a regularidade cadastral do contribuinte com o qual realizou transações comerciais, razão pela qual considera um ato “eivado de ilegalidade” a responsabilidade solidária a ela atribuída.

Insurge-se contra o Fisco quando afirma que o Auditor Fiscal busca atribuir responsabilidade solidária “estabelecendo-a através da responsabilidade objetiva” quando na realidade a responsabilidade que deveria ser atribuída seria por culpa presumida. Define uma e outra com o objetivo de demonstrar a diferença entre ambas e caracterizar a presença de culpa e não de dolo. Diz que não teve intenção de infringir a norma, pretendeu obedecê-la, o que não foi possível em razão da confiança que mantinha com a empresa fornecedora das mercadorias.

Embora reconheça a inidoneidade da documentação fiscal, faz uma série de considerações outras com o fito de desqualificar a responsabilidade solidária bem como evidenciar a exorbitância da multa aplicada que considera confiscatória.

Finaliza requerendo o conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário com vista a reformar a Decisão recorrida.

A PGE/PROFIS por um dos seus representantes em Parecer assim se manifestam que:

- a. *“considera o Recurso interposto ausente de argumentos jurídicos capazes de determinar a revisão do acórdão recorrido;*
- b. *a ação fiscal decorre da apreensão de documentação fiscal considerada inidônea, em virtude do seu emitente encontrar-se com a sua inscrição estadual cancelada;*
- c. *a infração fiscal está perfeitamente tipificada e os documentos acostados ao PAF pelo autuante comprovam esta assertiva;*
- d. *o recorrente reconhece a inidoneidade da documentação fiscal, porém nega a sua condição de responsável tributária;*
- e. *salienta inexistir competência ao Egrégio Conseg para apreciação do caráter confiscatório do tributo no lançamento de ofício; e;*
- f. *opina pelo conhecimento e improvimento do Recurso.”*

VOTO

A análise da documentação acostada ao PAF, nos permitiu constatar que as imperfeições contidas na ação fiscal impossibilitam constituir regularmente o crédito tributário que se pretende cobrar. A primeira delas se observa no Campo 12 do Auto de Infração – Módulo 2 – Trânsito que assinala “operação ou prestação sem doc. Fiscal ou com doc. Fiscal inidôneo”; a segunda refere-se ao Termo de Apreensão nº 102406 (documentos inidôneos) base de cálculo = quantidade de litros x preço de bomba e assinala ainda “operação ou prestação sem doc. Fiscal ou com doc. fiscal inidôneo”.

Inexiste termo de apreensão de mercadorias o que se apreendeu foi simplesmente notas fiscais pertinentes a mercadorias sujeita a substituição tributária, adquirida de um contribuinte com inscrição cancelada, assim mesmo no aludido termo o detentor das mercadorias/documentos apreendidos é o próprio contador do contribuinte, além de erro na data da capituloção; erro na data da ocorrência; acusação fiscal não contém elementos suficientes para caracterizar a infração.

A irregularidade mais flagrante é a que diz respeito ao local em que se deu a infração apesar do modelo utilizado seja Trânsito das Mercadorias, na realidade trata-se de uma fiscalização realizada no próprio estabelecimento do autuado, consequentemente o autuante procedeu em total desacordo com a legislação processual vigente, porquanto deixou de lavrar o Termo de Intimação e o Termo de Início de Fiscalização, consoante preceitua o art. 26 do RPAF/99 que considera iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação ao contribuinte, seu preposto ou responsável para prestar esclarecimentos ou exibir os elementos solicitados pela fiscalização e a lavratura do Termo de Início da Fiscalização que tem por objetivo registrar o início do procedimento fiscal, indicando dia e hora da lavratura, devendo ainda ser colhida a assinatura do intimado.

Por fim, observa-se o equívoco do formulário utilizado para lavrar o Auto de Infração – Modelo

2 – Trânsito de Mercadorias.

Assim, considero que as irregularidades apontadas no presente processo não podem ser sanadas vez que o aspecto temporal, que é um dos elementos do fato gerador da hipótese da incidência, não fora observado.

Finalizo, concluindo que o Auto de Infração deve ser julgado NULO a despeito do Parecer da PGE/PROFIS a que peço *venia* por discordar, recomendando que se esse for o caso, que seja feito um novo procedimento fiscal corretamente como determina o RPAF/99 (art. 20).

Face ao exposto e conforme dispõe o art. 18, Inciso IV, alínea “a” do ainda RPAF/99 faz-se mister a decretação da NULIDADE do lançamento com base no art. 20 do mesmo Diploma Legal de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **NULO**, de ofício, o Auto de Infração nº **09249370/03**, lavrado contra **ANUNCIAÇÃO E COELHO LTDA.**, recomenda-se o refazimento de um novo procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

ALBERTO NUNES VAZ DA SILVA - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS