

A. I. Nº - 298951.0718/03-5
AUTUADO - DERIVADO DE PETRÓLEO TEUNA LTDA
AUTUANTE - ANANIAS JOSÉ CARDOSO FILHO e EDIJALMA FERREIRA DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 21.10.03

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0410/01-03

EMENTA. ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável tributário. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação na aquisição da mercadoria em questão. Abatido o crédito da operação anterior (item precedente). Não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/07/03, cobra ICMS, no valor de R\$26.300,77 acrescido da multa de 70% e 60%, em decorrência:

1. Falta de recolhimento do imposto, por responsabilidade solidária, pelas aquisições de mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (exercício de 2002) - R\$5.389,65;
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria (exercício de 2000) – R\$1.707,98;
3. Falta de recolhimento do imposto, por responsabilidade solidária, pelas aquisições de mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (exercício aberto de 01/01/03 a 05/06/03) - R\$14.582,08;
4. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria (exercício aberto de 01/01/03 a 05/06/03) – R\$4.621,06.

O autuado (fls. 35/37), por representante legalmente constituído, apresentou preliminar prejudicial ao mérito da autuação, entendendo não ser pólo passivo das infrações apuradas. Neste sentido, disse que conforme notas fiscais, que anexou cópia aos autos, adquiriu mercadorias da empresa Sampaio Comércio de Lubrificantes de Derivados de Petróleo Ltda, estabelecida em Jequié, no estado da Bahia. Que toda a mercadorias encontrava-se sob o regime da substituição tributária, que em todas elas havia o destaque do imposto e, inclusive, todas foram substituídas por notas fiscais avulsas da Secretaria da Fazenda. Além do mais, era de responsabilidade do fisco estadual, no momento em que substituiu as notas fiscais, ter feito a antecipação tributária das mercadorias, o que não havia sido realizado.

Além do mais, a mercadoria objeto da autuação foi devidamente registrada pela empresa não havendo, portanto, nenhuma responsabilidade por qualquer infração à legislação tributária baiana.

Prosseguindo, afirmou 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. Da interpretação sistemática dos art. 209, VII, "b" e art. 915, IV, "a", do RICMS/97, 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.

Afirmou 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.

O autuante prestou informação, ratificando o procedimento fiscal. Informou que as notas fiscais emitidas pela empresa cancelada foram substituídas em 14/07/03 durante os trabalhos de auditoria desenvolvidos pela Secretaria da Fazenda deste Estado, em face do controle do álcool hidratado de uso automotivo. Da análise dos documentos, restava clara a evidência de notas fiscais "clonadas". Os documentos foram encaminhados às autoridades superiores para as devidas providências policiais.

VOTO

Antes de adentrar no mérito da autuação, devo me pronunciar a respeito da preliminar de nulidade levantada pelo impugnante.

Quando do levantamento das entradas, o autuante não mais considerou, a partir de 18/10/02, as notas fiscais emitidas pela Sampaio Coml. Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda, pois empresa que teve sua inscrição cancelada nesta Secretaria da Fazenda em 16/10/02 – Edital nº 23/2002.

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 estando 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.

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 16/10/02 (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 5207 e a de nº 5147 assim se encontram grafadas. As de números 5165, 5116 foram grafadas como 005165 e 005116. A de nº 4793, grafada como 04793. 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 5207 foi emitida em 18/10/02, a de nº 005165 em 28/12/02, aquela de nº 005116, em 29/11/02, a de nº 5147 em 24/09/02 e a de nº 04793 em 29/03/03, 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. Ressalto que, mesmo inidônea, o preposto fiscal considerou no levantamento a nota fiscal nº 5147, pois o vendedor ainda não se encontrava, oficialmente, com sua inscrição cadastral cancelada.

Diante do exposto, não existe qualquer motivo para que seja decretada a nulidade da ação fiscal e, as notas fiscais indicadas não podem ser consideradas no levantamento realizado. Neste particular ainda tenho a dizer que, mesmo que ficasse provada a idoneidade dos documentos, o fato não é motivo de nulidade do procedimento fiscal. Apenas os documentos deveriam ser considerados para a apuração de diferenças de omissões, se houvessem.

Quanto ao fato do fisco estadual, quando do trânsito da mercadoria, não ter cobrado o imposto por substituição tributária, em primeiro lugar, tratando-se de operações internas, o momento não seria o mais adequado e, em segundo, conforme norma regulamentar, constatando-se indícios de irregularidades no documento fiscal, a fiscalização deve substituí-lo por nota fiscal avulsa para posterior averiguação, o que foi feito (art. 1º da Portaria nº 01/93, m vigor).

No mais, a discussão da norma prevista no art. 142 do RICMS/97 não é a mais correta para determinar a responsabilidade do impugnante. E, as regras dos art. 129 e 134 do CTN não são aquelas a ser aqui invocadas.

Adentrando no mérito do lançamento, o Auto de Infração trata da cobrança do ICMS que foi apurado através da auditoria de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias, apurado em exercício findo (2002) e exercício não findo (01/01/03 a 05/06/03), ou seja, em exercício aberto. O autuante detectou a falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadorias em estoque desacompanhada de documento fiscal, sendo atribuído ao seu detentor

(o autuado) o pagamento do imposto por responsabilidade solidária. Também cobrou o imposto por substituição tributária, vez que a mercadoria levantada neste regime se encontra enquadrada (álcool hidratado para uso em veículos).

O impugnante não se manifestou sobre qualquer erro cometido pela fiscalização quanto aos levantamentos realizados. Não havendo qualquer questionamento e estando a ação fiscal sob a orientação das normas regulamentares, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298951.0718/03-5, lavrado contra **DERIVADO DE PETRÓLEO TEUNA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$26.300,77**, acrescido das multas 70% sobre o valor de R\$19.971,73, prevista no art. e 60% sobre o valor de R\$6.329,04, prevista no art. 42, II e III, “d”, da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR