

PROCESSO - A. I. Nº 298951.0715/03-6
RECORRENTE - IVAN COELHO PORTO & IRMÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF Nº 0518-04/03
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 25.03.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0071-11/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. **b)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infrações caracterizadas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 4ª JJF, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em tela para exigir crédito tributário, decorrente das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$2.358,08, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, relativo ao ano de 2002.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$747,28, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado, relativo ao ano de 2002.
3. Multa no valor de R\$ 50,00, por ter realizado operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, relativo ao ano de 2003.

Sustenta a Decisão ora recorrida que:

- nos termos do art. 167, I, do RPAF/99 não tem competência para dispor sobre a declaração de inconstitucionalidade da cobrança do imposto;

- ao adquirir mercadoria sem nota fiscal, o recorrente torna-se responsável pelo imposto daquele produto, conforme determina o art. 39, V, do RICMS/97;
- não pode ser acolhido o argumento defensivo de que os autuantes deixaram de computar no levantamento fiscal algumas compras efetuadas pela empresa, juntando como prova cópia do LMC, pois, o simples registro da nota não é elemento de prova da aquisição dos produtos objeto do levantamento. Caberia ao recorrente acostar ao processo cópias das citadas notas fiscais, elemento de prova capaz de elidir a acusação tributária;
- em relação ao argumento de confisco, este não pode ser acatado, uma vez que a ação fiscal foi realizada em conformidade com a legislação vigente, inclusive em relação às multas aplicadas e a Portaria nº 445/98, a qual regulamenta os procedimentos que devem ser observados pelos auditores ao realizar a Auditoria de Estoque;
- face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque no exercício de 2002, por ser mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, prescreve as infrações 01 e 02;
- no que diz respeito à infração 3, a referida Portaria determina, em seu art. 5º, III, que seja aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 915, XXII, do RICMS/97.

Conclui pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Insatisfeito com a referida Decisão o contribuinte interpôs Recurso Voluntário com base nos seguintes argumentos:

- o combustível álcool é mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e, quando da sua aquisição, vem embutido o valor do ICMS, cujo imposto é de responsabilidade da distribuidora;
- não se poderia convalidar a lavratura do Auto de Infração que, em relação ao exercício de 2002, não foi considerada pelos autuantes a entrada de 10.000 litros de álcool, sendo 5.000 litros através da Nota Fiscal nº 21.653, de 04 de abril de 2002, emitida pela Distribuidora Exxel S/A, e mais 5.000 litros através da Nota Fiscal nº 311, de 10 de setembro de 2002, emitidas pela Distribuidora Oliveira. Além disso, desconsiderou que o combustível tem característica de volatilizar (0,6%);
- a empresa não tem condição de detectar o problema com a distribuidora, já que somente a fiscalização através de consulta via Internet ou mediante sistema integrado de rádio poderia identificar a irregularidade cadastral do seu fornecedor;
- a lavratura do Auto de Infração contra a empresa configura verdadeiro confisco, já que o Estado tem instrumentos jurídicos para alcançar quem realmente deixou de cumprir a obrigação tributária;
- não é possível que o Estado busque e venha a se locupletar com a cobrança de imposto já cumprido pelo revendedor, em ocorrência da substituição tributária;
- às fls. 103 e 104 dos autos, o recorrente transcreveu entendimento de autores sobre o substituto legal tributário e diz que a lavratura do Auto de Infração macula princípios constitucionais.

Instada a se manifestar a representante da PGE/PROFIS sustenta a ausência de razões jurídicas capazes de modificar o julgamento.

Em razão disso, opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente deixo de examinar a inconstitucionalidade da cobrança do imposto, uma vez que este Órgão, de acordo com o art. 167, I, do RPAF/99, não dispõe de competência para apreciar a referida matéria.

No mérito, entendo que a 4ª JJF decidiu acertadamente ao manter as infrações 1 e 2. Isto porque, o levantamento fiscal constatou diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o que, por conseguinte, enseja a imputação da responsabilidade solidária prevista no art. 39, V, do RICMS/BA, bem como da responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Deveras, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98 determina que, por ser mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, deve ser exigido o pagamento: a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V); b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”).

Ademais, verifico que não procede o argumento suscitado pelo recorrente de que os autuantes deixaram de computar no levantamento fiscal algumas compras efetuadas pela empresa, juntando como prova cópia do LMC, pois, o simples registro da nota não é elemento de prova da aquisição dos produtos objeto do levantamento. Caberia ao recorrente acostar ao processo cópias das citadas notas fiscais, elemento de prova capaz de elidir a acusação tributária.

Por fim, em relação à infração 3, observo que a referida Portaria determina, em seu art. 5º, III, que seja aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 915, XXII, do RICMS/97.

Ante o exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso Voluntário, para manter na íntegra a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** ao presente Recurso Voluntário, apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298951.0715/03-6**, lavrado contra **IVAN COELHO PORTO & IRMÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.105,36**, acrescido das multas de 70% sobre R\$2.358,08 e de 60% sobre R\$ 747,28, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de março de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS