

PROCESSO - A.I. Nº 079269.0914/03-9
RECORRENTE - POSTO DE LUBRIFICANTES PIRAÍ LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JF nº 0147-02/04
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 12.08.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0188-12/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OMISSÃO DE ENTRADAS. Tratando-se de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária, estando ainda as mercadorias fisicamente em estoque ou saído sem tributação, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário por ser detentor de mercadoria recebida de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. **b)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É devido o imposto por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, impetrado contra a Decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0147-02/04.

O Auto de Infração foi lavrado em 20/11/2003 para exigir imposto no total R\$97.309,51 e, se refere à exigência de ICMS, mais multa, sob as seguintes imputações:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$74.555,72, 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, nos exercícios de 1998 a 2000.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$22.753,79, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, 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, exercícios de 1998 a 2000.

A Douta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, apreciando os argumentos da defendente, prolatou sua Decisão com base nos seguintes fundamentos:

Quanto à preliminar de nulidade suscitada: sob a alegação de que a exigência fiscal fere o princípio da legalidade, observou o Sr. julgador de Primeira Instância que, não se inclui na competência deste Conselho de Fazenda a declaração de inconstitucionalidade de lei ou dispositivo regulamentar, conforme art. 167, inciso I, do RPAF/99. Dessa forma, rejeitou o pedido de nulidade apresentado nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais que, não foram constatados vícios formais ou materiais que comprometam a

autuação fiscal, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99 para determinar a nulidade do Auto de Infração.

No que diz respeito ao mérito da questão, se posicionou, *in verbis*, da seguinte forma:

“O levantamento fiscal está lastreado em documentos e livros fiscais, conforme demonstrativos acostados aos autos, fls. 6 a 21, além de xerocópias do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), fls. 25 a 56 do PAF, ressaltando-se que não houve a juntada de qualquer elemento pelo autuado para contrapor o levantamento fiscal, e os fatos descritos no Auto de Infração estão vinculados à escrituração e documentos que estão na posse do autuado, cuja prova das alegações defensivas poderia ter sido juntada ao presente processo”.

A legislação estabelece que a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhado de provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativo referente às suas alegações (art. 123 do RPAF/99), e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Não é acatada a alegação defensiva de que o fato narrado no Auto de Infração não enseja a cobrança do imposto, por entender o defendente que não há qualquer vinculação jurídica que permita à Fazenda Pública atribuir ao contribuinte substituído a responsabilidade solidária ou subsidiária pelo pagamento do imposto apurado no levantamento fiscal, haja vista que as infrações apuradas e os respectivos valores exigidos estão conforme discriminação a seguir:

Tratando-se de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e estando ainda em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 1), conforme arts. 10, inciso I, alínea “a” e 15, inciso I, alínea “a”, Portaria nº 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada (infração 2), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria nº 445/98.

Quanto à multa aplicada, também questionada nas razões de defesa, considerando que o imposto foi exigido em decorrência de levantamento quantitativo de estoques que resultou na apuração de omissão de entradas de mercadorias tributáveis, entendo que está correto o percentual da multa indicada no Auto de Infração, de acordo com o art. 42, inciso II, alínea “d” e inciso III, da Lei nº 7.014/96.”

Em conclusão, o D. Julgador da 2ª JJF votou pela Procedência do Auto de Infração, considerando que está caracterizado nos autos o cometimento das infrações apuradas no Auto de Infração.

Inconformado o autuado, ora recorrente, interpõe Recurso Voluntário fundamentado nas seguintes razões: Inicialmente, argumenta que no v. Acórdão houve completo desprezo aos fundamentos jurídicos que embasavam o pedido da defesa, posto que simplesmente não enfrentou as razões da defesa que se prende à matéria jurídica e não depende de provas.

Repetindo as razões já apresentadas na defesa inicial, em resumo, diz que o Auto de Infração não atende às normas gerais dos atos administrativos vinculados e regrados, para a constituição de crédito tributário; que o levantamento fiscal tenta responsabilizar o autuado pelo pagamento de ICMS sob a acusação de aquisição de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais,

mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária em que o imposto foi pago na fonte e se não foi pago pelo responsável (substituto), ressalta que quando o contribuinte substituto não paga o tributo referente à substituição tributária, a Lei Complementar nº 87/96 nada dispõe acerca da responsabilidade do contribuinte substituído pelo inadimplemento do substituto. Mas que, na substituição tributária os sujeitos passivos subsequentes arcam com o ônus tributário na primeira operação e este também tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai da jurisprudência.

Além disso, argumenta que no regime de substituição tributária, o substituído, embora não figure na legislação como responsável pelo pagamento do tributo, é quem arca com o ônus de repassá-lo ao substituto, quando da aquisição da mercadoria.

Aduz que o ICMS é um tributo que traz embutido em sua base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Assevera que, segundo Prof. Johnson Barbosa, quando o contribuinte de direito não recolhe o montante do ICMS decorrente da substituição tributária, não poderá a fazenda pública se valer dos institutos da solidariedade ou da subsidiariedade para haver os montantes devidos.

Assevera, ainda, que o Fisco não juntou aos autos prova desse fato e que o levantamento é arbitrário, uma vez que excedeu o Sr Auditor Fiscal ao ultrapassar os limites da exação na ambição de se locupletar indevidamente do patrimônio do autuado, em favor do Estado. Finalmente, pede o recorrente que seja provido o Recurso Voluntário para anular o lançamento, ou seja, julgada improcedente a autuação.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fl. 116, diz que o Recurso Voluntário apresentado traz os mesmos argumentos já expendidos na defesa inicial. Dentre eles na hipótese em tela, trata-se de omissão do registro de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e estando a mercadoria ainda em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal.

Que as infrações detectadas pelo autuante estão claramente tipificadas, e fundamentadas na legislação tributária vigente e comprovadas mediante livros e documentos fiscais constantes dos autos.

Por considerar ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão no Acórdão recorrido, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que: *“O levantamento fiscal está lastreado em documentos e livros fiscais, conforme demonstrativos acostados aos autos, fls. 6 a 21, além de xerocópias do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), fls. 25 a 56 do PAF, ressaltando-se que não houve a juntada de qualquer elemento pelo autuado para contrapor o levantamento fiscal, e os fatos descritos no Auto de Infração estão vinculados à escrituração e documentos que estão na posse do autuado, cuja prova das alegações defensivas poderia ter sido juntada ao presente processo”*.(sic).

A legislação estabelece que a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada de provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativo referente às suas alegações (art. 123 do RPAF/99), e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Portando, se tratando de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e estando ainda em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 1), conforme arts. 10, inciso I, alínea “a” e 15, inciso I, alínea “a”, Portaria nº 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

Por outro lado, não restou provado o argumento do autuado de que se trata de produtos com imposto pago antecipadamente, visto que não temos a origem ou procedência dos combustíveis, os quais foram adquiridos desacompanhados de documentação fiscal e, como tal, sem comprovação do recolhimento do tributo.

Tendo em vista a previsão legal existente, se deixa de acatar as razões de Recurso Voluntário quanto a não haver vinculação de que o fato narrado no Auto de Infração não enseja a cobrança do imposto, por entender o defendente que não há qualquer vinculação jurídica que permita à Fazenda Pública atribuir ao contribuinte substituído a responsabilidade solidária ou subsidiária pelo pagamento do imposto.

O imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada (infração 2), é devido também, por força do art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria nº 445/98.

Não acato a alegação defensiva sobre a base de cálculo do imposto, pois o recorrente deveria apontar os equívocos que porventura verificasse na mesma, o que não foi feito.

O recorrente não apresenta qualquer documento ou articulação capazes de elidir as acusações, assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **079269.0914/03-9**, lavrado contra **POSTO DE LUBRIFICANTES PIRAÍ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$97.309,51**, sendo R\$84.513,64, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$64.176,20 e 60% sobre R\$20.337,44, previstas no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$12.795,87, acrescido das multas de 70% sobre R\$10.379,52 e 60% sobre R\$2.416,35, previstas no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR

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