

PROCESSO - A.I. N° 271351.0009/03-1
RECORRENTE - POSTO ITARANTIM DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTDUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0102-01/04
ORIGEM - INFRAZ ITAPETINGA
INTERNET - 26.07.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0197-11/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. **b)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS OU COM DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Modificada a Decisão. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O sujeito passivo, através de seu advogado, ao tomar ciência da Decisão de 1ª Instância, - Acórdão nº 0102-01/04, que julgou o Auto de Infração Procedente, interpôs tempestivamente, Recurso Voluntário.

As infrações descritas no lançamento impugnado foram as seguintes:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS] em face da constatação da existência de mercadorias em estoque desacompanhadas de documentos fiscais, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto, lançando-se o imposto no valor de R\$639,82, com multa de 70%;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS], com base na presunção de omissão de saídas de mercadorias anteriores, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto, lançando-se o imposto no valor de R\$4.822,85, com multa de 70%;

3. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadoria de terceiro sem documentos fiscais, estando dita mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto, lançando-se o imposto no valor de R\$1.731,12, com multa de 60%.

Na defesa (fls. 44 a 50), o autuado argüiu nulidade sob o fundamento de ilegitimidade passiva, alegando, que há muito tempo adquire mercadorias da empresa Sampaio Comercial de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda., e não tinha como saber que o seu antigo fornecedor estava com a inscrição cadastral cancelada. E no mérito, cita as notas fiscais que não foram consideradas no levantamento fiscal, que totaliza 15.000 litros de álcool hidratado. Alegou que as mesmas estavam registradas, e que ao adquirir a mercadoria recolheu o imposto conforme consta nos documentos. E que as notas fiscais estão devidamente registradas. Chama a atenção para o fato de que álcool hidratado é mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e por essa razão registra na coluna “Outras”, do livro de Registro de Entradas.

O fiscal autuante (fl. 110) prestou informação onde esclareceu que procedeu ao levantamento quantitativo baseando-se na orientação da Portaria nº 445/98.

O relator proferiu o seguinte voto:

“Este Auto de Infração é composto de 3 tópicos, todos relativos a débitos apurados através de levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto. Apesar de o fiscal, equivocadamente, ter descrito o fato do item 2º como presunção de omissão de saídas e o do 1º como lançamento do imposto a título de responsabilidade solidária, estou certo de que ambos os itens dizem respeito a responsabilidade solidária. Trata-se de combustíveis adquiridos sem documentos fiscais ou com documentos fiscais inidôneos. Assim sendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu a mercadoria sem documentação fiscal ou com documentação fiscal irregular e, por conseguinte, sem comprovação de que o tributo foi pago. Quanto ao item 3º, trata-se do lançamento do tributo devido por antecipação, apurado sobre o valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiro sem documentos fiscais ou com documentos inidôneos, sendo que as mesmas são enquadradas no regime de substituição tributária (álcool hidratado combustível).”

A defesa protesta que haveria neste caso ilegitimidade passiva, pois o infrator teria sido o fornecedor das mercadorias, ou seja, a empresa Sampaio Comercial de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda., que, estando com a inscrição cadastral cancelada, efetuou as vendas e emitiu os documentos não considerados pelo fisco. Acusou o fiscal de procurar o caminho mais fácil, incorrendo em procedimento semelhante ao do excesso de exação, crime praticado por funcionário que exige tributo que sabe ser indevido, enquanto que o verdadeiro infrator, aquele que está com sua inscrição cancelada, fica imune. Sustenta que neste caso a infração é certa e a autoria também, mas houve erro quanto à pessoa do infrator, e por isso considera nulo o procedimento, com fundamento no art. 18, IV, “b”, do RPAF/99.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, ignorou inteiramente as questões levantadas pela defesa, não observando, portanto, o mandamento do § 6º do art. 127 do RPAF/99, segundo o qual a informação fiscal deve abranger todos os aspectos da defesa, com fundamentação. Seria de bom alvitre que se explicasse ao autuado quais as medidas adotadas em relação ao emitente dos documentos, para evitar que este continue valendo-se de sua inscrição cancelada para emitir documentos causando transtornos a terceiros incautos.

Como julgador, o que tenho a dizer, em face dos elementos constantes nos autos, é que as Notas Fiscais nºs 5181, 4856 e 4820 de Sampaio Comercial de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda., às fls. 16, 17 e 18, foram emitidas por contribuinte cuja inscrição se encontrava cancelada na data da emissão. Esse fato poderia constituir mero descumprimento de obrigação acessória, e por isso verifiquei no sistema de informática da Fazenda a situação da aludida empresa, constatando que até a presente data a mesma continua com sua inscrição cancelada (vide extratos às fls. 114/116). Nos termos do art. 209, VII, do RICMS/97, os citados documentos são inidôneos, e por conseguinte não podem ser aceitos como prova a favor do sujeito passivo.

Não vislumbro nenhum vício do lançamento que implique a sua nulidade.

Mesmo em se tratando de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o encerramento da fase de tributação é condicionado à regularidade da documentação fiscal correspondente.

Não foram apontados erros de cálculo.

Quanto ao pedido de que, marcada a data de julgamento, seja a empresa informada pessoalmente, no seu endereço, para que possa exercer o seu direito de defesa por sustentação oral, registre-se que o julgamento do processo administrativo é feito segundo os procedimentos previstos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 9 de julho de 1999.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Nas razões aduzidas no Recurso Voluntário do autuado (fls. 131 a 134), o mesmo alega que houve preterição do seu direito de defesa, uma vez que ao apresentar a impugnação, requereu que fosse informado da data do julgamento para que pudesse exercer o seu direito de defesa por sustentação oral, e que isto não ocorreu, por essa razão pede a nulidade com base no inciso II do art. 18 do RPAF/99.

Transcreve o que foi dito pelo relator de que o julgamento do processo é feito segundo os procedimentos previstos no RPAF/99.

Diz que não há o que se falar em procedência do presente feito, pleiteia a nulidade, quando menos se considerando o empenho dos integrantes da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que prolataram o Acórdão, para ser julgado improcedente.

Argui que as Notas Fiscais nºs 5.181, 4856 e 4.820, em que se acusa como notas inidôneas no Auto de Infração anterior (julgado nulo), as infrações 3 e 4 também não subsistem, visto que foi deixado de computar as entradas com as referidas notas fiscais que somam 15.000 litros de álcool.

Acusa a lavratura do Auto de Infração de casuística, e diz que o julgamento da Junta cometeu erros insanáveis, motivo pelos quais entende que a Decisão deve ser reformada, alegando que sequer fundamentou sua Decisão ao condenar o recorrente, sendo apenas taxativo ao votar pela Procedência do Auto de Infração. Aponta o fato de terem sido aceitas como inidôneas as notas fiscais acima já referidas, quando as mesmas serviram de embasamento para Auto de Infração anterior.

Assevera que no RPAF/99 não há impedimento de que seja feita a defesa por sustentação oral, e transcreve o art. 163, e o art. 18 e seu inciso II, que considera nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

No mérito, diz que o autuante não leu o livro RUDFTO, caso contrário não usaria as notas fiscais já referidas, vez que já tinham sido apontadas em Auto de Infração anterior, o qual foi julgado Nulo, citando o Auto de Infração nº 299134.0107/03-2, juntando cópia (fls. 140 a 143).

A representante da PGE/PROFIS exarou Parecer, onde se manifesta pela manutenção da Decisão recorrida, afirmando que da análise dos argumentos recursais, entende que se tratam dos mesmos já analisados na 1ª Instância, e os mesmos não têm o poder de modificar a Decisão guerreada.

Conclui que o contribuinte efetivamente não registrou entradas de mercadorias, e por essa razão foram detectadas saídas sem tributação, sendo corretamente exigido o imposto devido por substituição, e também o de responsabilidade própria do sujeito passivo. Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Verifico nas razões do recorrente que o mesmo suscita nulidade sob o argumento de não ter sido intimado da data do julgamento, e que interpretou como preterição do direito de defesa, não procede, uma vez que a data dos julgamentos ocorre mediante publicação no Diário Oficial do Estado, e consoante o art. 49 do Regimento Interno do CONSEF (Decreto nº 7.592 de 04/06/1999), a pauta de julgamentos será divulgada com antecedência mínima de 3 (três) dias da data da sessão, e não há previsão legal para intimação pessoal do contribuinte. Logo fica rechaçada a Nulidade, como já foi rebatido pelo julgador de 1ª Instância. Assim, não existindo nenhum vício que macule o rito do processo, não assiste razão a pretensão do recorrente.

Observo quanto outra questão levantada pelo recorrente, que alega a existência de um Auto de Infração anterior, e que o mesmo teria sido julgado Nulo. Ocorre que faz juntada de cópia de outro Auto de Infração que foi lavrado posteriormente, pois este foi lavrado em 09/09/02, enquanto aquele foi lavrado em 31/12/03, e o recorrente não faz prova de que já houve julgamento, conforme verificação no SIDAT, o mesmo apresentou defesa em fevereiro de 2004, e o sistema não indica que o julgamento já tenha ocorrido.

Ademais, verificando as infrações descritas no Auto de Infração nº 299134.0107/03-2, lavrado em 31/12/03, não foi mencionado o número das Notas Fiscais nºs 05181, 04856 e 04820, que não fizeram parte do levantamento quantitativo por serem consideradas inidôneas.

Quanto ao mérito, no que concerne ao Recurso Voluntário apresentado, verifico que a Junta de Julgamento Fiscal laborou em equívoco ao não considerar as entradas de álcool, através das Notas Fiscais nºs 005181, 04856 e 04820, datadas de 06/01/03, 28/03/03 e 13/05/03, todas de emissão atribuída à empresa Sampaio Comercial Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda., pois, mesmo que essa empresa estivesse com sua inscrição cadastral cancelada junto a Secretaria da Fazenda, como ficou comprovado com o documento de fl. 114, ainda assim, a mercadoria foi adquirida com as respectivas notas fiscais.

Não há que se falar em aquisição de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, mas, sim acompanhada de documentação fiscal inidônea, o que, por conseguinte, poderá ou não gerar a responsabilidade supletiva do recorrente, quanto ao recolhimento do imposto.

Assim, considerando a entrada de 15.000 litros de álcool, através das Notas Fiscais nºs 005181, 04856 e 04820, (fls. 16 a 18) dos autos, teremos saída com Nota Fiscal nº 19.786,90 litros (-) 3.856,10 saída real, 15.930,80, diferença original (-) 15.000 (notas fiscais referidas), ainda restará para tal produto a diferença de entrada de 930,80 litros, e a composição do débito relativo aos itens 1 e 3 será assim demonstrada:

Álcool (fl. 10)	
Omissão Entrada	930,80
Valor unitário	1,27
B.C. ICMS Normal	1.182,12
ICMS Normal	319,17
B.C. ICMS Antecipado	374,61
ICMS Antecipado	101,15

Relativo à infração 2, ressalto que a autuação está a exigir “falta de recolhimento do imposto [ICMS], com base na presunção de omissão de saídas de mercadorias anteriores, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias, em exercício aberto, lançando-se o imposto no valor de R\$4.822,85, com multa de 70%;

Apesar de o levantamento quantitativo de estoque retificado comprovar a ocorrência de omissão de entrada de álcool, não existe amparo legal para a exigência de imposto devido com base na presunção de saídas anteriores. Deveria ter sido exigido do recorrente, de acordo com o art. 10, I, “a”, da Portaria nº 445/98, o *imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal*.

Considero, portanto, que a infração 2 não pode subsistir, devendo portanto ser considerada nula.

Por derradeiro, recomendo a renovação do procedimento fiscal em relação à distribuidora na condição de responsável pela retenção e recolhimento do imposto que deve ser substituído do contribuinte autuado, ou até, conforme o caso, ser exigido o imposto do recorrente por responsabilidade solidária.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271351.0009/03-1, lavrado contra **POSTO ITARANTIM DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$420,32**, acrescido das multas de 70% sobre R\$319,17, e 60% sobre R\$101,15, previstas no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

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