

A. I. Nº - 271351.0009/03-1
AUTUADO - POSTO ITARANTIM DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - LAUDIONOR BRASIL PEDRAL SAMPAIO
ORIGEM - INFAZ ITAPETINGA
INTERNET - 06.04.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0102/01-04

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. Fatos demonstrados, nos autos, através de levantamentos fiscais. 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. Inexistência de vício do lançamento que implique a sua nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 9/9/03, apura os seguintes fatos:

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%.

O contribuinte apresentou defesa suscitando preliminarmente a nulidade do procedimento por 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. Protesta que a sua empresa não tem culpa neste caso. Não se conforma que o fisco prefira autuar o adquirente da mercadoria e não o vendedor. Considera que o fisco buscou o caminho mais fácil, autuando o adquirente, por se encontrar em pleno exercício de suas atividades. Fala do Auto de Infração 927377-8, lavrado anteriormente pelo mesmo motivo e pelo mesmo preposto fiscal. Reclama que o fiscal deixou de levar em conta Notas Fiscais devidamente escrituradas no Registro de Entradas e declaradas no DAM e no Sintegra, simulando um levantamento físico de estoque de mercadorias em exercício aberto que considera abuso. Insiste em questionar o fato de o fiscal preferir autuar um contribuinte regular, com endereço fixo, em plena atividade econômica, estando o imposto pago, conforme consta nas Notas Fiscais, em vez de autuar o infrator propriamente dito. Acusa o fiscal de assim proceder por comodidade, por ficar a sua empresa mais próxima do local de trabalho do autuante, sendo mais fácil de ser localizada. Considera que o fisco, não encontrando o verdadeiro infrator, lavra o Auto de Infração contra qualquer outra pessoa, mesmo sabendo que esta é inocente, mesmo sabendo que esta não causou evasão de imposto. A seu ver, tal procedimento assemelha-se ao delito de 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.

Quanto ao mérito, reclama que não foram levadas em conta no levantamento fiscal as Notas Fiscais 5181, 4856 e 4820 de Sampaio Comercial de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda., totalizando 15.000 litros de álcool hidratado. Assinala que as Notas Fiscais estão devidamente registradas e o imposto foi recolhido tempestivamente quando da aquisição da mercadoria, conforme consta nos documentos. Chama a atenção para o fato de que álcool hidratado é mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, razão pela qual as Notas fiscais são lançadas no Registro de Entradas na coluna “Outras”, de modo que, com este lançamento, está havendo bitributação, ferindo o princípio da não-cumulatividade do imposto. Apega-se a brocardos latinos atinentes ao princípio da dúvida em favor do acusado. Reitera o pedido de nulidade do procedimento. Caso ultrapassada a preliminar, pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Pede, ainda, 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. Conclui com outros pedidos atinentes ao reconhecimento do direito a recurso, perícia e demais meios de prova admitidos em direito.

O fiscal autuante prestou informação explicando que no levantamento fiscal se baseou na orientação da Portaria nº 445/98.

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 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **271351.0009/03-1**, lavrado contra **POSTO ITARANTIM DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 7.193,79**, acrescido das multas de 60% sobre R\$

1.731,12 e de 70% sobre R\$ 5.462,67, previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 2 de abril de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA