

A. I. N.º - 207095.0080/06-5  
AUTUADO - FERNANDES GODOFREDO BRITO GAMA & CIA LTDA  
AUTUANTE - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUSA  
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS  
INTERNET - 30/01/07

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N<sup>o</sup> 0010-03/07**

**EMENTA: ICMS. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DE ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO.** Não cabe a exigência de ICMS por presunção legal de omissão de saídas anteriores aplicada sobre contribuintes que comercializam exclusivamente mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária com fase de tributação encerrada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/08/2006, reclama ICMS no valor de R\$84.948,10, com aplicação da multa de 70%, por omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes. Consta na descrição dos fatos “que o contribuinte solicitou baixa da inscrição n<sup>o</sup> 115158/2005-7. Diz que o autuado atendeu parcialmente ao Termo de Intimação entregando os livros e documentos elencados na relação anexa ao PAF, faltando os livros de LMC, referente ao exercício de 2002, os extratos e contratos bancários de empréstimos e financiamentos, os quais até o momento do encerramento da fiscalização não foram entregues. Diante da escrituração contábil nos livros Diário n<sup>o</sup>s 01 e 02, e dos relatórios dos fornecedores anexos, confeccionamos o Demonstrativo do Passivo Fictício, apurando-se: Conta Passivo Fornecedor; a) de 2001, 2003 e 2004: os valores registrados pela empresa foram menores que os saldos a receber dos fornecedores, com exceção do exercício de 2002; 2005: até agosto, o valor escriturado pela empresa distanciou-se em muito aos saldos dos fornecedores.”

O autuado, inconformado, apresenta defesa tempestivamente (fls. 118 a 133), dizendo que o dever jurídico de pagar um tributo nasce quando um acontecimento no mundo social realiza a hipótese figurada na norma jurídica que a descreve. Cita os elementos do fato gerador: pessoal, material, espacial e temporal aos quais deverão corresponder todas as características do acontecimento do mundo social a que se quer atribuir a força de fazer nascer o dever jurídico de pagar o tributo. Salienta que os princípios da legalidade e tipicidade cerrada, conforme ensinamentos de Alberto Xavier, arrimada em Buhler, e que a Administração Fiscal não deve ter em mãos cláusulas gerais para a exigência de impostos. Ressalta que a Lei integrativa da norma constitucional é materialmente a Lei Complementar 87/96. Discorre sobre o instituto da substituição tributária, citando o artigo 58 e 128 do CTN, entendendo que a fiscalização pretende exigir tributo de mercadorias com fase de tributação encerrada, haja vista que o defendant comercializa com combustíveis. Aduz que no caso em apreço, as mercadorias foram adquiridas de empresa distribuidora de lubrificantes ou de combustível, líquido ou gasoso, que sendo responsável, relativamente ao imposto devido pelas operações anteriores e posteriores desde a produção ou importação até a entrega ao consumidor final, desobriga o autuado nas operações subsequentes. Ressalta que o princípio da legalidade, impõe que todos os tributos, sem exceção, são previamente tipificados em lei, e que se ninguém é obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude da lei, é óbvio que a primeira entidade a obedecer a tal comando deverá ser a Administração Pública. Entende que se constata a imperiosa necessidade da tributação obedecer ao princípio da legalidade, referindo-se ao artigo 150, I da Constituição Federal. Reitera que o preposto fiscal criou uma responsabilidade para o autuado sobre mercadorias sob o regime de substituição tributária, em que já houve a tributação antecipada, e, por isso, a cobrança é indevida. Discorre sobre o princípio

da não cumulatividade e que não há responsabilidade do contribuinte substituído pelo inadimplemento do substituto, reproduzindo julgado do TJ-SP, no RESP 188034/SP. Salienta que quando o contribuinte 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. Diz que seguindo a doutrina do Professor Johnson Barbosa Nogueira, não há que se falar em atribuir responsabilidade subsidiária ao substituído, em caso de não pagamento do tributo pelo substituto, pois, é pacífica a noção de que não se estabelece nenhuma relação jurídica entre o substituído e o Estado e que a legislação do ICMS na totalidade das unidades federadas vem estatuindo esta responsabilidade do substituído, o que é impraticável e injusto, pois ele já sofreu a repercussão do tributo. Continua dizendo que ao instituir o substituto tributário, a lei há de excluir o substituído de qualquer responsabilidade, e, portanto, é inconcebível a responsabilidade subsidiária do substituído no esquema doutrinário da categoria de substituição tributária. Aduz que a fiscalização cria nova hipótese de incidência “omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes”, sendo que o defendant comercializa exclusivamente mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária. Reconhece como devido o valor de R\$50,00, prevista no artigo 42, XXII, da Lei 7.014/96, por não se configurar a suposta presunção, uma vez que se trata de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais por descumprimento de obrigação acessória. Requer, ao final, a improcedência da autuação, a juntada posterior de documentos e também sustentação oral.

O autuante, por sua vez, presta informação fiscal (fl. 138), argüindo que a empresa escriturou em seus livros Diários, no Passivo Circulante (fl. 13), valores de compras e empréstimos a mais que o devido, tendo em vista que foi intimada (fl. 11), a apresentar os contratos bancários e não o fez. Diz que as compras a maior referem-se ao confronto entre as informações da empresa (fls. 15/28) e dos seus fornecedores (fls. 29/79). Conclui, mantendo integralmente o Auto de Infração lavrado.

## VOTO

O Auto de Infração em lide, reclama ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes.

Da análise das peças processuais, verifico que se trata de fiscalização autorizada pela OS 513093/06, para o procedimento de baixa de inscrição estadual no cadastro da SEFAZ-BA. Constatou que o autuado na qualidade de posto revendedor de combustíveis (fl. 07), comercializava mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária (combustíveis), cuja retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes é de responsabilidade da Refinaria de Petróleo, no caso de combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo, ou das Distribuidoras de Combustíveis, na hipótese de comercialização do álcool hidratado, conforme artigo 512 do RICMS-BA. Nesse diapasão, entendo que não se aplica ao caso em comento, a exigência de imposto por presunção legal de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, prevista no artigo 2º § 3º, III, do aludido diploma legal, em face de as mercadorias comercializadas pelo autuado já estarem com a fase de tributação encerrada, tendo o impugnante comprovado com suas alegações a inaplicabilidade da presunção. Entendo, também, que no caso em apreço deveria ter sido realizado levantamento de estoques de mercadorias, correspondente ao exercício fiscalizado, e após o referido levantamento fiscal, sendo apurado omissão de entradas de mercadorias exigir-se-ia o imposto devido por responsabilidade solidária, como também o ICMS devido por antecipação tributária, e na hipótese de ocorrência de omissão de saídas de mercadorias, a imputação da multa de R\$50,00, nos termos dos artigos 5º e 10º da Portaria 445/98.

Ante o exposto, considero inadequado o roteiro aplicado para o ramo de atividade econômica do autuado, e considero eivado de nulidade o lançamento de ofício. Por conseguinte, recomendo à autoridade fazendária a realização de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas e incorreções, nos termos do artigo 21 do RPAF.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **207095.0080/06-5**, lavrado contra **FERNANDES GODOFREDO BRITO GAMA & CIA LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2007.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA- PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR