

**PROCESSO** - A. I. N° 07797214/06  
**RECORRENTE** - DISTRIBUIDORA CENTRAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
(DISTRIBUIDORA CENTRAL DE CIMENTO)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0281-01/07  
**ORIGEM** - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS  
**INTERNET** - 26/02/2008

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0042-11/08**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Notas Fiscais tidas como inidôneas por não ter o destinatário admitido o pedido da mercadoria. Por se tratar de cimento, mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária e, consequentemente, com fase de tributação encerrada, caberia ao preposto fiscal, junto ao emitente do documento fiscal, a averiguação de que o ICMS por antecipação foi recolhido. Assim, caso afirmativo, a infração apurada seria por descumprimento de obrigação tributária de caráter acessório. Caso negativo, deve-se exigir do emitente o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infração insubstancial. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 1ª JJF, proferida através do Acórdão n° 0281-01/07, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o imposto no montante de R\$1.108,40, acrescido da multa de 100%, sob a seguinte acusação fiscal: “*Mercadorias, comprovadamente, não solicitadas pelo destinatário constante na Nota Fiscal anexa*”. Assim, foram consideradas inidôneas as Notas Fiscais nºs 09977 e 09992, nos termos do art. 209, VI, do RICMS/97, em razão de “*Mercadorias em trânsito acompanhadas de documentação fiscal inidônea. Foram apresentadas as Nota Fiscal nº 9977 de 15/09/06 e 9992 21/09/06, cujo destinatário, Sr. Cláudio Cezar Costa, declarou não ter comprado (declaração anexa)*”, conforme consignado no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº. 081342, de 21/09/2006, à fl. 2 dos autos, o qual consigna 400 sacos de 50 Kg de cimento Bomfim, no montante de R\$6.520,00, cujo depositário é o próprio autuado.

Na Decisão recorrida foi salientado que o autuante anexou aos autos (fl. 5) declaração assinada pelo destinatário da mercadoria constante das notas fiscais em questão, afirmando que não fez o pedido da mesma. Aduz que o autuado tomou ciência do referido documento, conforme cumprimento da diligência, sem que se pronunciasse sobre este fato.

Destaca que o autuado não contesta a afirmação do destinatário das notas quando declara não ter efetuado o pedido e que não lhe foi entregue a mercadoria, a qual se trata de cimento, mercadoria que está efetivamente enquadrada no regime de substituição tributária.

Entende a JJF que, comprovado que o destinatário de fato não era o constante da nota fiscal, com base no que dispõe o inciso VI do art. 209 do RICMS/97, considera inidôneo o documento fiscal que, embora revestido das formalidades legais, foi utilizado com o intuito comprovado de fraude.

Assim, concluiu que não há como acatar o argumento de que o imposto já tinha sido pago, uma vez que o documento que acoberta as mercadorias, não servia para os fins a que se destinavam.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 52 a 57 dos autos, onde salienta que a mercadoria em questão está submetida ao regime de substituição tributária, consoante sobejamente enfatizado na peça impugnatória, de forma que não pode ser cobrado novo imposto, já que a fase de tributação da mercadoria já se encontra encerrada, sob pena de “bitributação”, o que ocorreu no caso presente.

Registra que diversas transações comerciais são realizadas por meio de um simples contato telefônico. Assim, entende que não há que se falar em “intuito comprovado de fraude”, apto a retirar a idoneidade da documentação fiscal, pois não há dolo comprovado na conduta do autuado, que agiu de boa-fé enviando a mercadoria ao endereço fornecido pelo adquirente, mesmo porque não levaria qualquer vantagem com a dita operação, já que recolhe o tributo na fonte.

Enfatiza que a leitura do art. 209, VI, do RICMS/97, conduz à inevitável conclusão de que para um documento fiscal ser considerado “inidôneo”, faz-se imprescindível a comprovação do objetivo de fraude na utilização do mesmo, o que incorre no caso presente. Assim, por esta razão, entende que as notas fiscais emitidas são perfeitamente idôneas, pois, no caso presente, não há que se falar em imposto devido, uma vez que o mesmo já fora pago pelo fornecedor/fabricante da mercadoria no ato da venda à empresa recorrente, mediante a substituição tributária.

Sustenta que cabe ao fisco o ônus de fiscalizar se os substitutos tributários estão cumprindo com suas obrigações legais, jamais ao contribuinte.

Por fim, requer a Improcedência do presente Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, à fl. 63, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, uma vez que, no momento em que foi verificada, mediante declaração do interessado, que o destinatário constante da nota fiscal não fez o pedido da mercadoria, tal nota foi considerada inidônea e, assim sendo, não serve para acobertar a operação, equivalendo à situação de mercadoria desacompanhada do devido documento fiscal. Assim, entende correta a Decisão *a quo*, que concluiu pela procedência da ação fiscal.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1<sup>a</sup> Instância que julgou procedente o presente Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o ICMS de R\$1.108,40, por ficar constatado mercadorias (400 sacos de cimento), em trânsito, acompanhadas de documentação fiscal inidônea, uma vez que o destinatário, nelas consignado, declarou não ter comprado às ditas mercadorias.

A Decisão recorrida entendeu que a documentação fiscal, embora revestida das formalidades legais, é inidônea para acobertar a operação comercial, uma vez que restou comprovado que o destinatário de fato não era o constante das notas fiscais, conforme dispõe o inciso VI do art. 209 do RICMS/97, não servindo para os fins a que se destinavam.

Já o recorrente, em seu Recurso Voluntário, salienta que a mercadoria em questão está submetida ao regime de substituição tributária, de forma que não pode ser cobrado novo imposto, já que a fase de tributação da mercadoria já se encontra encerrada, sob pena de “bitributação”.

Enfatiza que, nos termos do art. 209, VI, do RICMS/97, para um documento fiscal ser considerado “inidôneo”, faz-se imprescindível a comprovação do objetivo de fraude na utilização do mesmo, o que incorre no caso presente, pois, não há que se falar em imposto devido, uma vez que o mesmo já fora pago pelo fornecedor/fabricante da mercadoria no ato da venda à empresa recorrente, mediante a substituição tributária.

Da análise das peças recursais, entendo caber razão ao recorrente, pois não vislumbro como considerar as referidas notas fiscais inidôneas e, em consequência, se exigir o imposto sobre 400 sacos de cimento, mediante uma simples declaração negativa do pedido da mercadoria por parte do adquirente, antes de uma prévia averiguação junto ao emitente das mercadorias, no sentido de:

1. Se comprovar a aquisição pelo autuado de “Cimento Bomfim” que suportasse as vendas de 400 sacos no período e se tais operações foram oferecidas à tributação, mediante o regime de substituição tributária, conforme previsão legal;
2. Caso negativo, se tais documentos fiscais, tidos como inidôneos, foram registrados na escrita fiscal do contribuinte e oferecidos à tributação, quando da saída das mercadorias;
3. Comprovação do efetivo autor do pagamento da mercadoria, de forma a se avaliar se tal declaração, anexa à fl. 5 dos autos, tem força probante para destituir os dados do destinatário constante na documentação fiscal;

Tratando-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, tais considerações se faziam necessárias antes da lavratura do Auto de Infração, visto que a exigência do imposto da forma que ocorreu é improcedente, uma vez que:

1. Caso comprovado o pagamento da antecipação tributária, por parte do adquirente, ou da substituição tributária, por parte do fornecedor, não caberia mais a exigência do imposto, sob pena da ocorrência de duplicidade de tributação, haja vista que a *“origem da mercadoria foi comprovada”*, podendo-se fazer uma vinculação com os produtos adquiridos pelo emitente do documento fiscal, que ora figura como autuado neste processo administrativo fiscal. Assim, nesta condição, a penalidade cabível, caso comprovada a autenticidade da *“declaração”* para destituir os dados do destinatário, seria de caráter formal, por descumprimento de obrigação tributária acessória.
2. Caso negativo, ou seja, comprovada a inexistência de aquisição de tal produto pelo emitente dos documentos fiscais, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-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.
3. Ainda admitindo-se a hipótese da não antecipação do imposto, porém se comprovando sua aquisição, o débito lançado deveria ater-se apenas a exigência do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

Portanto, a simples cobrança do imposto sobre o valor comercial da operação, sem as devidas considerações, como se fosse uma mercadoria sob o regime normal de apuração, é insubstancial.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 07797214/06, lavrado contra DISTRIBUIDORA CENTRAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. (DISTRIBUIDORA CENTRAL DE CIMENTO).

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 07797214/06, lavrado contra DISTRIBUIDORA CENTRAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. (DISTRIBUIDORA CENTRAL DE CIMENTO).

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR DA PGE/PROFIS