

PROCESSO	- A.I. N° 233037.0143/03-7
RECORRENTE	- COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS BASTOS FERREIRA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0131-02/04
ORIGEM	- INFRAZ ITABERABA
INTERNET	- 06.08.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0230-11/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA, ÁLCOOL E ÓLEO DÍESEL. ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Comprovada a falta de inclusão de notas fiscais de entradas, resultou após o refazimento do cálculo em omissão de saídas, impondo a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. EMITENTE COM INSCRIÇÃO CADASTRAL CANCELADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Infração caracterizada. b) FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE. MULTA. Infração caracterizada na auditoria de estoques de que cuida o item 1. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0131-02/04 – lavrado em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, relativamente a Gasolina Comum, Álcool Hidratado e Diesel Comum, relativa ao exercício de 2002, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 50,00 por descumprimento de obrigação acessória, conforme demonstrativo à fl. 9.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 5.397,43, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria sujeita a substituição tributária (Álcool Hidratado) com documentação fiscal inidônea, através das Notas Fiscais nºs 4898; 5161; e 5225, emitidas em 28/04/03; 27/12/02; e 23/10/02, respectivamente, por Sampaio Comercial Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda, IE nº 47.978.681-NO, cancelada e sem registro na ANP, conforme documentos às fls. 6 a 8.
3. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (01/01 a 31/10/03), relativamente a Gasolina Comum e Diesel Comum, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 50,00 por descumprimento de obrigação acessória, conforme demonstrativo à fl. 11.
4. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 344,33, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (01/01 a 31/10/03), relativamente a Álcool Hidratado, conforme demonstrativo às fls. 12 a 14.

5. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$ 110,18, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (01/01 a 31/10/03), relativamente a Álcool Hidratado, conforme demonstrativos e documentos às fls. 12 a 14.

Na sessão do dia 22-04-2004, a 2^a JJF julgou improcedentes os itens 4 e 5 do Auto de Infração, porque, ao considerar no levantamento quantitativo as notas fiscais que tiveram o respectivo imposto lançado no item 2, as diferenças que eram de entradas passaram a ser de saídas, o que sujeita o contribuinte à multa por descumprimento de obrigação acessória, já exigida nos itens 1 e 3, e manteve a procedência dos demais itens.

Quanto à infração 1 [e acredito que se refira também à infração 3, porque idêntica], o recorrente alegou que as pequenas diferenças se devem às perdas, em torno de 0,02%, resultantes de evaporação e medição a mais praticada pelos frentistas.

No que concerne à infração 2, disse que adquiriu as mercadorias (álcool combustível) de distribuidora, que é o contribuinte substituto por força de Convênio e da própria legislação estadual, e, sendo assim, não poderia ser responsabilizado, nem por solidariedade, mesmo que este estivesse com situação cadastral irregular, até porque desconhecia esta situação que, segundo ele, está fundamentada em informações contidas no SIDAT, e não em publicação em Diário Oficial.

Argüiu que, ainda assim, se a distribuidora se encontra em situação irregular, “certamente sofreu ação fiscal da sua inspetoria de origem sobre o mesmo fato gerador”, sendo que tal alegação seria de fácil constatação pela Fazenda Pública Estadual, pois detém todas as informações do contribuinte, e que, se confirmada a veracidade deste fato, este Auto de Infração deve ser considerado nulo ou improcedente, pois o imposto não pode ser cobrado em duplidade.

Reportou-se, também, à infração 4, mas, como esta foi afastada pelo julgamento de 1^a Instância, considero despiciendo trazer à baila seus argumentos.

Discorreu sobre o princípio da não cumulatividade do ICMS, citando doutrina, para concluir que faria jus ao abatimento do crédito fiscal destacado nas notas fiscais da distribuidora SAMPAIO COML. DE LUBRIFICANTES E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA, o que levaria a redução do débito exigido no item 2 de R\$5.397,43 para R\$1.602,43, uma vez que este imposto é de responsabilidade da mesma.

Disse que a multa de 100% aplicada tem efeito confiscatório, sendo tal imposição muito pesada e descabida, tendo em vista que não ficou demonstrado que teria agido com dolo ou má-fé, e requereu o cancelamento da mesma ou que esta fosse reduzida para 60%, considerando a interpretação mais benéfica da Lei, qual seja, o não recolhimento tempestivo do ICMS por antecipação nos termos do art. 915, II, “d”, do RICMS/97.

Concluiu requerendo a improcedência do Auto de Infração, ou, na eventualidade de ser mantida a imposição, que fosse concedido o crédito fiscal para abatimento do imposto devido na infração 2, ou que fosse cancelada ou reduzida a respectiva multa.

A representante da PGE/PROFIS pontuou que, efetivamente, o contribuinte não registrou entradas de mercadorias, por essa razão foram detectadas saídas sem tributação e sem emissão de documentos fiscais, onde foi corretamente exigido o imposto devido por substituição, como também a multa pelo descumprimento de obrigação acessória.

Disse que restou comprovado que as notas fiscais apresentadas na defesa foram emitidas por contribuinte com inscrição estadual cancelada e que os créditos dessas notas fiscais não podem ser apropriados pelo autuante.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Quanto aos itens 1 e 3 do Auto de Infração, o recorrente alegou que as “pequenas diferenças”, na monta de 0,02%, se devem a perdas na evaporação e na medição a mais praticada pelos frentistas.

Não é que o se vê. Cito como exemplo as diferenças apontadas na planilha elaborada pelo relator da Decisão recorrida (pg. 4, do Acórdão e fl. 41 dos autos), para o produto Álcool Hidratado, que em 2002 a saída sem notas fiscais atingiu o percentual de 36,1% do total das saídas, e 10,5% em 2003.

No que tange à infração 2, o cerne da lide versa sobre a responsabilidade tributária solidária do recorrente, na aquisição de mercadorias com documentação fiscal inidônea, porque emitida por contribuinte com inscrição estadual cancelada.

A primeira alegação do recorrente é que a distribuidora é contribuinte substituto por força de Convênio e da própria legislação estadual, e, sendo assim, não poderia ser responsabilizado, nem por solidariedade, mesmo que este estivesse com situação cadastral irregular, até porque desconhecia esta situação que, segundo ele, está fundamentada em informações contidas no SIDAT, e não em publicação em Diário Oficial.

O art. 209, VII, “b”, do RICMS/97, reza que será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que for emitido por contribuinte no período em que se encontrar com sua inscrição cancelada.

Já o seu art. 39, V, atribui responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito à qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização com documentação fiscal inidônea.

Portanto, o recorrente, ao adquirir mercadoria com documentação fiscal inidônea é responsável solidário pelo pagamento do imposto devido pelo remetente.

Quanto à publicação em Diário Oficial, esta foi feita em 16-10-2002, através do Edital n.º 23/2002, conforme dados cadastrais que tomei a liberdade de anexar às fls. 74 e 75 dos autos. Sendo assim, não pode o recorrente alegar o desconhecimento da situação cadastral do seu fornecedor.

No que concerne à possível ação fiscal sofrida pelo distribuidor, inexiste qualquer prova da sua ocorrência, e esta, portanto, não pode ser considerada.

Em relação ao seu pleito de que fossem considerados os créditos fiscais destacados nas notas emitidas pelo distribuidor, também não poderá ser concedido, posto que o art. 97, VII, do RICMS/97, veda ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou

simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto, quando se tratar de documento fiscal falso ou inidôneo, nos termos do art. 209 e seu Parágrafo único, admitindo-se, porém, a utilização do crédito depois de sanada a irregularidade, ou se, não obstante o vício do documento, houver comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado.

A irregularidade não foi sanada até o momento, pois a inscrição estadual do contribuinte emitente das notas fiscais permanece cancelada, e não há provas do efetivo pagamento do tributo.

Aduziu, ainda, o contribuinte de que a multa aplicada seria confiscatória, o que obviamente tem vedação constitucional. A apreciação deste argumento é vedada pelo art. 167, I, do RPAF/99, que exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

A multa foi corretamente aplicada, pois é a prevista para o caso no art. 42, IV, “b”, da Lei n.º 7.014/96, que preconiza que esta será de 100% (cem por cento) do valor do imposto, quando a mercadoria ou bem forem encontrados em qualquer estabelecimento com documentação fiscal inidônea.

Diante disto, concluo que a Decisão recorrida está perfeita e não carece de qualquer reparo, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para homologá-la.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 233037.0143/03-7, lavrado contra **COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS BASTOSFERREIRA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$5.397,43, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV “b”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$100,00**, prevista no inciso XXII do citado dispositivo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

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