

A. I. N° - 206987.0157/04-1
AUTUADO - MARA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - BOAVENTURA MASCARENHAS LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 07. 12. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0473-04/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** MERCADORIAS JÁ SAIDAS SEM TRIBUTAÇÃO. FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A multa correta a ser aplicada é pela infração praticada, independentemente de ter ocorrido em mais de um exercício fiscalizado. Infração parcialmente comprovada. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA, ASSIM CONSIDERADA, PELO FATO DO EMITENTE ENCONTRAR-SE COM A INSCRIÇÃO ESTADUAL CANCELADA. De acordo com a legislação, é devido o imposto por responsabilidade solidária pelo adquirente, bem como por antecipação em função do valor acrescido. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/03/2004, exige ICMS no valor de R\$8.626,79, além de ter sido aplicado multas no valor total de R\$169,42, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, pelo que foi aplicada multas no valor total de R\$169,42, fatos ocorridos nos exercícios de 1999 a 2002;
2. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$1.107,50, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$754,99, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;

4. Foi exigido imposto originalmente no valor de R\$6.674,30, tendo como datas de ocorrências os dias 06/12/2002, 08/01/2003, 10/03/2003 e 26/04/2003, cujo valor foi majorado pelo autuante para R\$8.907,90, em atendimento a diligência solicitada por este relator à fl. 65, sob a seguinte acusação:

“Deixou de pagar o ICMS normal e substituído na qualidade de contribuinte solidário quando adquiriu mercadorias acompanhadas com notas fiscais inidôneas – fornecedor com inscrição estadual cancelada - conforme demonstrativo anexo e entregue ao contribuinte mediante recibo”.

As infrações 1 a 3 foram apuradas mediante de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado e aberto, relativos aos anos de 1999 a 2003.

O autuado impugnou o lançamento fiscal, fl. 54 dos autos, apenas no que diz respeito à infração 4, já que em relação às demais, reconheceu a sua procedência, oportunidade em que solicitou a emissão do DAE para o recolhimento do imposto correspondente e da multa.

Quanto à infração 4, disse não concordar com a exigência, pois, a liberação de talonário fiscal é de competência da Secretaria da Fazenda, a qual é quem tem o poder de polícia para impedir o trânsito de mercadorias procedentes de contribuintes inidôneos ou com inscrição cancelada e não penalizar a empresa adquirente de tais fornecedores.

Aduz ser impossível a empresa conferir junto a INFAZ-Itaberaba, que fica a uma distância de 70 Km de sua sede, quando do recebimento do produto acompanhado de nota fiscal emitida por contribuinte cancelado no cadastro do ICMS, além do que o mesmo transitou por estradas onde existem postos de fiscalização e de viaturas diversas.

Salienta que em relação ao fornecedor Sampaio Coml. de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda., efetuou a aquisição de mercadorias em 31/01/2002, conforme cópia da Nota Fiscal nº 04071 anexa.

Ao finalizar, diz esperar pelo acolhimento de sua defesa, para cancelar o débito fiscal reclamado.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 57 dos autos, transcreveu, inicialmente, os termos da defesa apresentada pelo autuado no tocante à infração 04.05.88.

Em seguida, argumentou que a legislação é clara sobre a matéria, já que cabe ao adquirente observar a boa procedência dos produtos adquiridos, bem como a idoneidade de seus fornecedores, portanto, não procede às alegações do contribuinte, pelo que mantém a exigência fiscal.

O PAF foi submetido à pauta suplementar por proposta deste relator, tendo a 4ª JfF decidido pela sua conversão em diligência a INFAZ-Itaberaba, para que fosse atendido o solicitado à fl. 65, o que foi cumprido pelo autuante.

O autuado, conforme documentos às fls. 70/71 dos autos foi intimado pela INFAZ-Itaberaba para tomar conhecimento dos novos documentos anexados pelo autuante, em atendimento a diligência solicitada por este relator, oportunidade em que foi reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

Em nova manifestação às fls. 74 a 81, o autuado, inicialmente, disse que os produtos comercializados pela empresa foram adquiridos junto às distribuidoras, conforme cópia da escrituração contábil em anexo e do livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, os quais serviram de base para a lavratura do Auto de Infração por parte do autuante.

Salienta que o autuante deixou de mencionar as notas fiscais de compras cujo emitente estaria com a inscrição cancelada e somente agora tomou conhecimento do fato, ou seja, que haveria problemas com as distribuidoras, motivo pelo qual não foram consideradas. Aduz que o autuante ao lavrar o Auto de Infração em 29/04/04, indicou um débito no valor de R\$8.764,30, cujo débito foi reconhecido e pago, já que foi apresentada defesa somente em relação ao item que dizia respeito à aquisição de empresa que

tivera a inscrição cancelada, no entanto, ao refazer o lançamento, o preposto manteve a data original da lavratura e majorou o valor do débito para R\$10.939,00, sem levar em conta os valores já pagos anteriormente, o que torna nulo de pleno direito à exigência fiscal. Diz que à cobrança repetida do mesmo imposto (diferença) implica em bitributação, o que é vedado pela Carta Magna e pela legislação que se aplica a matéria (CTN e o próprio RICMS), pelo que solicita a nulidade do Auto de Infração e a manutenção do primeiro com os valores ali indicados, conforme cópia anexa.

Prosseguindo em seu arrazoado, o autuado disse que o autuante ao lavrar o segundo Auto de Infração, imputou a empresa imposto por solidariedade, cuja questão não pode ser tratada como o foi, porque diz respeito a combustível – álcool, sobre o qual existe a obrigatoriedade da substituição tributária e quando na sua aquisição já se encontra embutido o valor do ICMS, que é de responsabilidade da distribuidora o seu recolhimento.

Argumenta que o posto revendedor não tem condição de detectar o problema com o cadastro da distribuidora, cuja tarefa cabe ao agente fiscalizador, o qual pode fazer consulta ao sistema por terminal de computador, via INTERNET, ou mesmo por informação conseguida por meio do sistema integrado de rádio, oportunidade em que fez a seguinte indagação: Como poderia o revendedor do combustível adquirido à distribuidora saber que a inscrição desta estaria cancelada?

Sustenta que a lavratura do Auto de Infração foi inconseqüente, já que não levou em consideração as notas fiscais emitidas pela empresa Sampaio Coml. Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda., além de desprezar que o combustível tem característica de volatilizar, cujo percentual de evaporação é de 0,6%, conforme previsto no Portaria nº 283/1980, do antigo CNP, atualmente Agência Nacional de Petróleo, bem como as aferições que não foram computadas ou consideradas a menos, com base na Portaria nº 23/85 do INMETRO.

Esclarece que a lavratura do Auto de Infração contra o revendedor/autuado é ato arbitrário, podendo ser tomado como verdadeiro confisco, já que quando da aquisição do produto, em face da substituição, o valor do ICMS foi embutido no valor da compra. Diz que se a distribuidora não recolheu o imposto que seria devido, cabe ao Estado exigir dela e não do posto.

Às fls.77 a 79, o autuado disse que o RICMS não diz expressamente que o comerciante teria obrigação de consultar antes de realizar a compra para saber se o vendedor estaria em ordem junto ao Estado, razão pela qual não se pode imputar responsabilidade solidária à empresa, oportunidade em que transcreveu comentários de tributaristas sobre o substituto legal tributário.

Ao finalizar, requer o deferimento de todos os meios de prova admitidos em direito, além da juntada posterior de documentos, bem como para que o Auto de Infração seja julgado improcedente ou, caso assim não seja considerado, por cautela, que a multa indicada seja descaracterizada, já que o correto seria a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme dispõe o RICMS.

O autuante em nova informação fiscal à fl. 137 dos autos aduziu que quando da lavratura do presente Auto de Infração, houve um erro de transposição de valores do Demonstrativo do ICMS incidente sobre aquisições de produtos acobertados com notas fiscais inidôneas, cuja irregularidade foi sanada, mantendo-se os valores originalmente exigidos nas infrações 04.05.03, 04.05.08 e 04.05.09, os quais foram objeto de reconhecimento e recolhimento por parte do contribuinte.

Com referência a infração 04.05.08, o autuante esclarece que houve apenas alteração do valor, em virtude do erro na transposição dos valores do Demonstrativo à fl. 7 do PAF para o Auto de Infração, a qual foi objeto de impugnação pelo autuado à fl. 54.

Quanto às novas alegações defensivas, diz que não altera o seu entendimento acerca da infração.

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade do lançamento fiscal suscitada pelo sujeito passivo. É que acordo com o § 1º, do RPAF/99, as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre ele se manifestar, querendo.

Ressalto que este relator, ao constatar que no Auto de Infração lavrado em relação à infração 4 não foi consignada pelo autuante a descrição dos fatos tidos como infringidos pelo autuado, propôs a esta 4ª JJF a conversão do PAF em diligência a INFRAZ-Itaberaba, cuja proposta foi aceita pelos demais componentes, para atender o solicitado à fl. 65, tendo o autuante substituído às fls. 1 a 3 dos autos por outras, onde consta a descrição dos fatos da referida infração. Portanto, pelo fato do autuado haver recebido cópias dos referidos documentos, conforme intimação e AR às fls. 70/71 dos autos, oportunidade em que foi reaberto o prazo de defesa em trinta dias, não há que se falar em nulidade do lançamento fiscal.

Diante do acima exposto, rejeito a preliminar de nulidade.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que instruem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 - Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, pelo que foi aplicada multas no valor total de R\$169,42, fatos ocorridos nos exercícios de 1999 a 2002.

Por ter a infração apontada sido objeto de reconhecimento pelo autuado em sua defesa, com o seu conseqüente recolhimento, restou caracterizada a exigência fiscal.

Ressalto, no entanto que, consoante entendimento deste CONSEF, em várias decisões proferidas, que o valor da multa a ser aplicada é de R\$50,00, ou seja, pela natureza da infração, independentemente de ter sido constatada em mais de um exercício fiscalizado.

Infrações 2 e 3 - Dizem respeito à falta de recolhimento do imposto na condição responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, bem como do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

A exemplo da infração anterior, o autuado acatou em sua defesa às imposições fiscais, tendo recolhido o imposto exigido. Desse modo, entendo caracterizadas as infrações, pois, de acordo com disposto, art. 10, I, da Portaria nº 445/98, deve ser exigido o pagamento:

- a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V);
- b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”).

Infração 4 - Foi exigido o ICMS normal e substituído, por ter o autuado adquirido mercadorias acompanhadas com notas fiscais inidôneas, assim consideradas, pelo fato do fornecedor encontrar-se com a inscrição estadual cancelada, conforme demonstrativo anexo, do qual foi entregue cópia ao contribuinte.

Com referência à defesa formulada, entendo que razão não assiste ao autuado, pelos seguintes motivos:

I - No tocante a alegação defensiva, segundo a qual como poderia o revendedor de combustível adquirido à distribuidora saber que a inscrição desta estaria cancelada, considero sem nenhum fundamento. É que o parágrafo único do art. 191, do RICMS/97, prescreve que o contribuinte é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da Secretaria da Fazenda, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial. Portanto, ao adquirir mercadorias junto à empresa com inscrição cancelada, o autuado, nos termos do art. 39, V, do RICMS/97, é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito;

II - Quanto ao argumento defensivo em que diz que ao autuar o revendedor autuado, praticou-se um ato arbitrário, já que se a distribuidora não recolheu o imposto, cabe ao Estado exigir dela e não do posto, esclareço que não procede, com base no disposto no art. 40, II, do RICMS/97, que tem a seguinte redação:

“Art. 40 - São sujeitos passivos por substituição, as pessoas que se enquadram nas seguintes situações:

I - ...

II - dos arts. 353 e 380, nos casos de substituição tributária por antecipação.

Ao consultar o INC da SEFAZ, constatei que o emitente das notas fiscais (Sampaio Coml. Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda), era inscrito como comércio atacadista de álcool carburante, gasolina e demais derivados de petróleo.

Da leitura dos arts. 353 e 380 supra citados verifiquei que o vendedor dos produtos se enquadra apenas no primeiro dispositivo, precisamente no seu inciso IV, o qual atribuiu a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Ressalto que o inciso acima indicado, transferiu as regras a serem observadas pelos contribuintes, nas operações com combustíveis, lubrificantes e produtos diversos das indústrias químicas para o art. 512-A, razão pela qual entendo oportuno reproduzir parte do referido dispositivo, para melhor compreensão da questão:

“Art. 512-A - São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com as mercadorias abaixo especificadas, na condição de sujeito passivo por substituição, os contribuintes a seguir indicados (Lei nº 7.014/96 e Conv. ICMS 03/99);

I - nas operações internas:

a) ...

b) o distribuidor de combustíveis, como tal definido e autorizado pelo órgão federal competente, tratando-se de:

1 - álcool etílico (etanol) hidratado para fins carburantes – NCM 22.07.10.00 e 2207.20.10.”

Como o emitente dos documentos fiscais não é um distribuidor de combustíveis, já que não é autorizado pelo órgão federal competente, no caso a Agência Nacional de Petróleo – ANP e sim um comerciante atacadista, entendo que o mesmo ao vender o produto para o autuado, estando com a sua inscrição estadual cancelada, transferiu ao adquirente (autuado) a responsabilidade pelo pagamento do imposto normal e por antecipação tributária. Ademais, o art. 209, III, “b”, do RICMS/97 considera inidôneo o documento fiscal emitido no período em que o contribuinte estiver com a sua inscrição estadual cancelada, hipótese em que o imposto devido na operação será de responsabilidade do adquirente da mercadoria, conforme preceitua o art. 39, V, do mesmo diploma legal.

Tendo em vista a explanação acima, considero caracterizada a infração no valor originalmente exigido na importância de R\$6.764,30.

Com relação ao valor remanescente de R\$2.143,60, devido à retificação feita pelo autuante a pedido deste relator, represento, nos termos do art. 156, do RPAF/99, a autoridade competente, no sentido de programar uma nova ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para a cobrança do imposto, ante a impossibilidade de exigí-lo no presente lançamento.

Quanto à pretensão do autuado no final de sua impugnação, caso o Auto de Infração não for considerado improcedente, que seja descaracterizada a multa aplicada, para transformá-la em multa por descumprimento de obrigação acessória, esclareço não merecer a minha acolhida, por falta de respaldo na legislação do ICMS.

Ante e exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração para exigir imposto no valor de R\$8.626,79, além do pagamento da multa na importância de R\$50,00, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206987.0157/04-1**, lavrado contra **MARA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.626,79**, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.107,50, de 60% sobre R\$754,99 e de 100% sobre R\$6.764,30, previstas no art. 42, III, II, “d” e IV, “b”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais, além do pagamento da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII, do mesmo artigo e lei, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUZA GOUVÊA - JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADOR