

PROCESSO - A. I. N° 206987.0157/04-1
RECORRENTE - MARA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF n° 0473-04/04
ORIGEM - INFAS ITABERABA
INTERNET - 28/04/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0115-11/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** MERCADORIAS JÁ SAÍDAS 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 ENQUADRADAS 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. Não acolhidas as argüições preliminares. Recurso **NÃO PROVADO**. 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 n° 0473-04.

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.

Nesta infração 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 pelo relator da 4ª JJF 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”.

Alegou o recorrente, em preliminar, que teve o seu direito de defesa cerceado por ter sido negada a realização de diligência, em especial o pedido de que fosse “*oficiada a Agência Nacional de Petróleo – ANP, com endereço em Brasília – Distrito Federal, para comprovação da autorização de funcionamento das empresas que venderam os produtos combustíveis ao autuado*”.

Ainda em preliminar, argüiu que a JJF se omitiu ao deixar de apreciar a constitucionalidade suscitada, justificada com a aplicação do disposto no art. 167, do RPAF, porque o contexto do Auto de Infração e dos atos praticados, estariam arranhando princípios constitucionais.

No mérito, trouxe os seguintes argumentos:

1. que não foram consideradas as aferições;
2. a questão não pode ser tratada como verdadeira omissão, porque diz respeito a combustível, em que a obrigatoriedade da substituição tributária existe e no valor pago pelo produto já encontra-se embutido o valor do ICMS, sendo de responsabilidade da distribuidora o seu recolhimento;
3. não foram consideradas as evaporações, nem a tolerância por erro do próprio equipamento medidor;
4. que não tinha condições de detectar qualquer irregularidade na inscrição da distribuidora, porquanto as notas fiscais foram emitidas e contabilizadas formalmente, sem qualquer tentativa de sonegação, e assim as notas fiscais escrituradas no LMC deveriam ter sido consideradas;
5. que a Distribuidora a que está vinculado o Posto Revendedor era regular, com autorização da ANP e do Estado para funcionar, com a responsabilidade de recolhimento do ICMS cobrado por antecipação, que não poderia ter-lhe sido imposto.

Concluiu requerendo a reforma do Acórdão, dando-se por Improcedente o Auto de Infração, ou mesmo que se aplique multa por descumprimento de obrigação acessória (aplicação do art. 158, do RPAF), por não ter existido, de sua parte, falta de recolhimento do imposto, já que adquiriu o produto com o ICMS por força da substituição tributária.

O representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, disse que o Recurso Voluntário interposto pelo autuado, contra a Decisão de 1^a Instância, pasme, refere-se a todas as infrações, não obstante a defesa tenha se limitado apenas à de nº 4, isto porque, no seu entendimento, teria feito, no momento da diligência, todos os esclarecimentos necessários à elucidação do Auto de Infração, o que configura um absurdo jurídico, pois o RPAF/BA não prevê a possibilidade do autuado poder fazer o aditamento da sua defesa, como ocorreu no presente caso, ficando claro que não se pode falar em cerceamento de defesa, como quer fazer crer o autuado.

Quanto ao problema da suposta nulidade da Decisão, por falta de expedição de ofício para a ANP (Agência Nacional do Petróleo), pontuou que o mesmo se tornou desnecessário, já que o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência é o de que a legislação tributária tem prevalência e autonomia sobre a norma reguladora da ANP, pois é na primeira que se encontra tipificado o fato gerador do tributo.

Asseverou que a documentação acostada à defesa não foi capaz de elidir a existência de omissão de saída e entrada de mercadorias, além de que o autuado vale-se de argumentos subjetivos, como a evaporação exagerada de combustível, para tentar ocultar o seu procedimento contumaz, voltado para a sonegação do ICMS, e, ainda, o pedido de nova verificação é, também,

despiciendo, pois estaria, de antemão, prejudicado pela impossibilidade física de se reconstituir fatos ocorridos no passado.

Firmou que, em relação à questão da substituição tributária ser de responsabilidade apenas da distribuidora, trata-se, na verdade, de mais uma falácia do autuado, haja vista que se esta não proceder ao recolhimento do tributo devido ao Estado da Bahia, seja em virtude de liminar ou de sonegação fiscal, o autuado fica com a responsabilidade supletiva pelo seu pagamento, isto é, cabe a hipótese prevista no RICMS/BA de recolhimento antecipado do tributo pelo autuado, quando da entrada da mercadoria no seu estabelecimento.

Observou que todos os argumentos do recorrente já foram analisados em 1^a Instância, motivo pelo qual não têm o poder de modificar a Decisão guerreada, que está correta e proferida com embasamento legal, restando efetivamente comprovada a infração.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O recorrente levantou duas preliminares, a primeira é que teria tido o seu direito de defesa cerceado, e a segunda que a 4^a JJF não apreciou a sua alegação de constitucionalidade.

Quanto à primeira, não compete à Fazenda Estadual expedir ofício à ANP para verificar a regularidade de determinada distribuidora, pois o Estado detém o cadastro do contribuinte, e o utiliza para controlá-lo e verificar se o ICMS foi recolhido ou não tempestivamente, e o fato da ANP autorizar o funcionamento desta ou daquela distribuidora não certifica que a mesma está regular perante o Fisco.

No que tange à segunda, não vislumbro, e o recorrente não apontou, onde princípios constitucionais estariam sendo “arranhados”, pois a ação fiscal foi desenvolvida em conformidade com os ditames legais.

Assim, não acolho as suas argüições preliminares.

Quanto ao mérito, como lecionou o representante da PGE/PROFIS, o Recurso Voluntário interposto pelo autuado, contra a Decisão de 1^a Instância, refere-se a todas as infrações, não obstante a defesa ter se limitado apenas à de nº 4.

De fato, isto se configura em absurdo jurídico, pois o RPAF/BA não prevê a possibilidade do autuado poder fazer o aditamento da sua defesa, como ocorreu no presente caso, ficando claro que não se pode falar em cerceamento de defesa, como quer fazer crer o recorrente.

Foi questionado que, no levantamento quantitativo, não teriam sido consideradas as aferições. Esta não é a verdade, pois o que se vê no demonstrativo à fl. 8 é que foram consideradas sim.

No que concerne às evaporações, se elas forem levadas em consideração haverá o agravamento das infrações, posto que, sendo o produto sujeito ao pagamento antecipado do imposto, por força da substituição tributária, as ditas evaporações, por se referirem a saídas, provocariam aumento na diferença de entradas, e, por conseguinte, no imposto a ser exigido. Já a tolerância por erro no equipamento medidor não pode ser admitida, porque, em nenhum momento, o recorrente demonstrou o reflexo destes “erros” (que podem ser tanto para mais como para menos) no levantamento quantitativo.

Resta, então, apreciar a argüição de que a obrigatoriedade da substituição tributária existe e no valor pago pelo produto já se encontra embutido o valor do ICMS, sendo de responsabilidade da distribuidora o seu recolhimento, e que o recorrente não tinha condições de detectar qualquer irregularidade na inscrição da distribuidora, porquanto as notas fiscais foram emitidas e contabilizadas formalmente, sem qualquer tentativa de sonegação, e assim as notas fiscais escrituradas no LMC deveriam ter sido consideradas, e ainda, que a Distribuidora a que está vinculado o Posto Revendedor era regular, com autorização da ANP e do Estado para funcionar,

com a responsabilidade de recolhimento do ICMS cobrado por antecipação, que não poderia ter-lhe sido imposto.

No que tange à regularidade da distribuidora perante a ANP, como já dito neste voto, é irrelevante para o caso.

O cerne da lide da infração 4, versa sobre a responsabilidade tributária solidária do recorrente, na aquisição de mercadorias com documentação fiscal inidônea, porque emitida por contribuinte com inscrição estadual cancelada.

O seu fornecedor – Sampaio Coml. Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda, Inscrição Estadual nº 47.978.681 – teve a sua inscrição estadual cancelada através da 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. 176 e 177 dos autos. Sendo assim, não pode o recorrente alegar o desconhecimento da situação cadastral do seu fornecedor.

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.

A multa foi corretamente aplicada, pois é a prevista para o caso no art. 42, IV, “b”, da Lei nº 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 206987.0157/04-1, lavrado contra **MARA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.626,79**, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.107,50, 60% sobre R\$754,99 e 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 homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS