

PROCESSO - A. I. Nº 269357.0007/04-5
RECORRENTE - ARMANDO LOPES RIBEIRO (POSTO RIBEIRO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0235-01/05
ORIGEM - INFAS JUAZEIRO
INTERNET - 27/10/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0350-11/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0235-01/05, pela Procedência do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$28.231,98, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios fechados de 2001 e 2002 - R\$20.331,97;
2. Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, no exercício aberto de 2003 - R\$7.900,01.

A Junta de Julgamento Fiscal manteve as infrações imposta, sob o entendimento de que:

- a) foi exigido o imposto referente às aquisições sem a comprovação da documentação fiscal pertinente, o que torna o autuado responsável solidário pelo pagamento do imposto devido em razão da não comprovação do seu pagamento na operação anterior, bem como em relação ao imposto devido pela substituição tributária relativa às suas próprias operações;
- b) não constitui irregularidade a utilização de documento elaborado por outro auditor fiscal, para a realização de levantamento quantitativo, o qual está presente no processo e devidamente subscrito por um representante do autuado;
- c) a alíquota de 25% está correta para a comercialização de álcool carburante, conforme o artigo 16, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96;

d) a multa também foi indicada corretamente, de acordo com o disposto no artigo 42, III, do referido diploma legal.

O órgão julgador ressaltou, entretanto, que, ao refazer o levantamento quantitativo referente aos exercícios de 2001 a 2003 por ter reconhecido erros na determinação dos preços médios unitários das mercadorias, o autuante deixou de utilizar a alíquota de 25% (prevista para o álcool etílico hidratado carburante nos exercícios de 2001 e 2002, descumprindo o previsto no citado artigo 16, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96), bem como deixou de adicionar o percentual de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza nos exercícios de 2002 e 2003 (previsto no artigo 16-A, do mesmo diploma legal), razão pela qual alterou novamente o levantamento fiscal encontrando valores de débito superiores àqueles originariamente apurados na autuação, de acordo com o demonstrativo constante no voto da Decisão recorrida.

A Junta de Julgamento Fiscal, por fim, destacou que, apesar de o produto álcool etílico hidratado carburante estar enquadrado na substituição tributária, o autuante não exigiu o imposto relativo ao citado instituto, concluindo pela procedência dos valores de débito constantes no Auto de Infração e pela necessidade de representação à autoridade competente para a instauração de novo procedimento fiscal, haja vista a vedação de agravamento da infração estabelecida no artigo 156, do RPAF/99.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 304 a 306), o sujeito passivo pede a reforma da Decisão recorrida, argumentando que:

- a) comprovou que todas as aquisições de álcool combustível ocorreram dentro do Estado, cabendo apenas a multa de 1% sobre o valor das entradas supostamente não escrituradas;
- b) se fosse detectada diferença de saídas, o que não ocorreu, seria devida a antecipação do imposto, deduzido do valor do ICMS a antecipar, com multa de 60%;
- c) o álcool hidratado carburante não está enquadrado na substituição tributária, conforme se infere pela leitura do item 33 do artigo 353 do RICMS/97.

A ilustre representante da PGE/PROFIS apresentou o seu Parecer (fls. 310 a 315) opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, considerando que, quando as empresas distribuidoras negociam o álcool etílico hidratado carburante (AECH) para os varejistas, são obrigadas a efetuar o pagamento antecipado do ICMS, atinente à operação por elas praticada e às operações subsequentes, em função da substituição tributária “para frente”. Acrescenta que, sem a apresentação das notas fiscais correspondentes à aquisição pelo autuado, não há como verificar a regularidade no pagamento do imposto pela distribuidora, nem a identidade dessa empresa, e, portanto, deve ser exigido do sujeito passivo, tanto o imposto “normal” por responsabilidade solidária, como o imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio autuado.

Ressalta que o autuado não apresentou elementos de prova capazes de elidir a ação fiscal, descabendo a sua alegação, de que é devida apenas a multa forma de 1% sobre o valor da mercadoria prevista no artigo 915, inciso XI, do RICMS/97.

Afirma que também não merece acolhida a alegação defensiva, de que o álcool não estaria sujeito ao regime de substituição tributária, pois a atual redação do item 33 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97 somente produziu efeitos em data posterior à data de publicação no Diário Oficial do Estado de 06/01/04, enquanto que a autuação se refere aos exercícios de 2001 a 2003.

Finaliza aduzindo que não há irregularidade na utilização de levantamento confeccionado em época anterior por outro fiscal da SEFAZ, já que foi assinado por este e por representante da empresa.

Quanto à alíquota e à multa indicadas, entende que está correto o julgamento de primeira instância, já que embasadas nos ditames legais, sendo também procedente a recomendação para

que se lavre novo Auto de Infração para cobrança do *quantum* devido pelo oro recorrente, a título de antecipação tributária.

VOTO

Constatou que o presente lançamento foi feito para exigir o ICMS que deixou de ser pago por responsabilidade solidária, constatado em levantamento quantitativo de estoques realizado nos exercícios de 2001 a 2003, por ter o autuado adquirido mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e enquadradas no regime de substituição tributária.

O recorrente se limitou a apresentar os mesmos argumentos já expendidos na impugnação, os quais foram rechaçados pelo órgão julgador de primeira instância. Efetivamente não há que se falar em aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, como deseja o sujeito passivo, tendo em vista que, como salientado pela relatora na Decisão recorrida, foi exigido o imposto referente às aquisições de álcool hidratado sem a comprovação da documentação fiscal pertinente, o que torna o autuado responsável solidário pelo pagamento do imposto devido em razão da não comprovação do seu pagamento na operação anterior, bem como em relação ao imposto devido por substituição tributária referente às suas próprias operações. Aliás, está correta a Junta de Julgamento Fiscal ao ressaltar que o autuante deixou de cobrar o imposto devido por antecipação tributária e representar à autoridade competente para instauração de novo procedimento fiscal.

Também há que se destacar que, à época dos fatos geradores deste lançamento, o álcool etílico hidratado carburante estava enquadrado na substituição tributária, acorde a antiga redação do item 33 do inciso II do artigo 353 combinado com o artigo 512 e, posteriormente, com o artigo 512-A, do RICMS/97.

Observo que, a partir de 06/01/04 com a edição do Decreto nº 8.868/03 (Alteração nº 50), o álcool carburante foi excluído do item 33 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97, mas, ao contrário do entendimento do recorrente, isso não significou que tal mercadoria tenha sido retirada do regime da substituição tributária, ao contrário. Permaneceu a redação do inciso IV do artigo 353, do citado RICMS/BA estabelecendo que, nas operações com combustíveis, lubrificantes e produtos diversos das indústrias químicas, somente as pessoas indicadas no artigo 512-A é que são consideradas responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes, na condição de sujeitos passivos por substituição tributária. No caso de saídas internas de álcool etílico hidratado carburante, somente o distribuidor de combustíveis, como tal definido e autorizado pelo órgão federal competente, é que foi eleito pela legislação tributária estadual como sujeito passivo por substituição e não outro qualquer contribuinte alienante, daí a razão da alteração promovida no item 33 do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA, como citado acima.

Também não vislumbo problema no fato de a fiscalização utilizar a “Declaração de Estoque – Combustível”, lavrada anteriormente ao início da ação fiscal (fl. 48) e utilizada com o objetivo de demarcar o estoque final existente no estabelecimento na contagem em aberto do levantamento quantitativo, já que foi subscrita pelo funcionário fiscal e por um representante do autuado.

Examinando as alterações procedidas no levantamento fiscal pelo órgão julgador *a quo*, verifico que não merecem nenhum reparo, considerando que:

1. a alíquota referente à comercialização interna (que a lei presume, em caso de levantamento de estoques) de álcool etílico hidratado carburante (AEHC) era de 25% nos exercícios de 2001 a 2003, de acordo com o artigo 16, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96;
2. nos exercícios de 2002 e 2003 o artigo 16-A, da Lei nº 7.014/96 previa o acréscimo, à alíquota de 25%, do percentual de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Sendo assim, como os valores finalmente apontados na Decisão recorrida foram superiores àqueles apontados originalmente no lançamento, deve ser feita representação à autoridade competente, nos termos do artigo 156, do RPAF/99, para que seja realizada nova ação fiscal no sentido de:

- a) exigir o ICMS por antecipação tributária (que não foi cobrado neste Auto de Infração);
- b) em razão das diferenças a maior apuradas pela Junta de Julgamento Fiscal em todos os exercícios fiscalizados.

Saliento, por fim, que a multa de 70% é aquela prevista para as infrações apontadas no lançamento, nos termos do artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração, acolhendo o opinativo da PGE/PROFIS.

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 o Auto de Infração nº 269357.0007/04-5, lavrado contra **ARMANDO LOPES RIBEIRO (POSTO RIBEIRO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.231,98**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, recomendando-se a instauração de novo procedimento fiscal para apuração das parcelas não reclamadas e corretamente indicadas na Decisão recorrida.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS