

PROCESSO - A. I. Nº 298942.0603/06-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MEDASA-MEDEIROS NETO DESTILARIA DE
ÁLCOOL S/A.
RECORRIDOS - MEDASA-MEDEIROS NETO DESTILARIA DE ÁLCOOL S/A. e FAZENDA
PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0075-05/07
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 12/05/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0079-11/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. APROVEITAMENTO DO CRÉDITO EM VALOR SUPERIOR AO DAS VENDAS EFETIVAS DE PRODUÇÃO DE ÁLCOOL ANIDRO. Restou comprovado erro de apuração de parte da exigência fiscal, bem como a escrituração regular de estorno de débito. Refeitos os cálculos processou-se redução do débito. Infração parcialmente elidida. Decisão mantida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. VENDAS DE MERCADORIAS A DESTINATÁRIOS DIVERSOS DOS INDICADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. A acusação fiscal envolve operações destinadas a diversos contribuintes. As operações envolvendo a empresa Betel Distribuidora de Petróleo Ltda., tratam dos mesmos fatos já abrangidos e apreciados em julgamento de Auto de Infração precedente, cuja Decisão foi pela improcedência da exigência fiscal, operando-se coisa julgada. Quanto às demais operações, foram apensadas aos autos provas de que as mesmas foram irregulares. No entanto, deve ser adequada a alíquota aplicada, o que diminui o *quantum* devido. Infração nula quanto às operações com a primeira empresa e procedente em parte quanto às restantes. Modificada a Decisão recorrida. Afastada a arguição de ilegitimidade passiva. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO** Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente Em Parte – Acórdão JJF nº 0075-05/07 - lavrado para imputá-lo o cometimento de 4 infrações, sendo objeto dos presentes Recursos as descritas nos itens 3 e 4 da peça inicial do presente lançamento de ofício, abaixo transcritas:

“Infração 03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal superior ao permitido pelo Dec. 7.516/99, conforme Decisão judicial. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte creditou-se de imposto em valores superiores as vendas efetivas de produção de álcool anidro, conforme planilhas às fls. 9 a 12 - R\$418.896,77..

Infração 04 - Venda de mercadorias, das quais, comprovadamente através do Fisco do destino e do destinatário, não foi comprovado a operação, ou seja, o destinatário declara que não adquiriu a mercadoria (W.K.C., SERAGRO, VINÍCOLA SANTAROSA, DEPASA) ou o Fisco declara que o contribuinte não estava com situação

cadastral regular (BETEL), conforme processos anexos. Portanto, as mercadorias tiveram destinação diversa. Não foi encontrado na documentação contábil do contribuinte documento que comprove a efetivação da operação, uma vez que não se sabe a verdadeira destinação do produto (ÁLCOOL), o que pressupõe a venda para varejista com base de cálculo aplicada conforme disposto no art. 56, III do RICMS/97 - R\$401.058,27.”

A Junta de Julgamento Fiscal inicialmente consignou que as infrações descritas nos itens 1 e 2 foram reconhecidas pelo sujeito passivo, razão pela qual as manteve. Quanto à infração descrita no item 3 da autuação a JJF se manifestou nos seguintes termos, julgando-a, ao final, procedente em parte:

INFRAÇÃO 3 - O relator de Primeiro Grau consignou que o sujeito passivo contestou-a apenas parcialmente, confessando o débito exigido em relação aos meses de junho, outubro e novembro de 2004 e fevereiro de 2005.

Em relação aos demais meses contestados – janeiro de 2004 e junho de 2005 - a JJF ressaltou que o próprio autuante reconheceu que equivocadamente transportou valores diversos de saldo acumulado do período de novembro de 1999, lançado em janeiro de 2004, sendo devido apenas o valor de R\$5.683,68, e quanto ao período de junho/2005, no valor lançado de R\$272.316,05, também o autuante reconheceu a insubsistência da exigência fiscal, visto que o sujeito passivo esclareceu em sua impugnação que em 30/09/02 protocolou um pedido de utilização de crédito fiscal para pagamento de parte do Auto de Infração de nº 298942.0015/01-9, no valor de R\$271.285,52, escriturando o débito correspondente. No entanto, tendo o pleito sido indeferido pela DITRI, foi revertido o débito no mês de junho/05, juntamente com outro crédito relativo à devolução de mercadorias no valor de R\$1.030,53, o que totaliza o valor lançado de R\$272.316,05, objeto da glosa em apreço. Consignou o relator da JJF, que os documentos juntados com a defesa às fls. 267, 272 e 265, fazem prova de suas alegações, devendo, assim, ser afastada a referida glosa, remanescendo para este item da autuação o valor de R\$17.205,76, conforme demonstrativo que elabora em seu voto.

INFRAÇÃO 4 – Inicialmente o relator da JJF citou e transcreveu excerto do voto proferido através do Acórdão nº 0130-11/05, onde foi afastada a exigência fiscal envolvendo operações relativas à empresa Betel Distribuidora de Petróleo Ltda., apresentado pela defesa como Decisão deste Conselho de Fazenda proferido em Auto de Infração lavrado contra si – Auto de Infração nº 298942.0005/04-8 - concluindo que *“Os documentos juntados pelo autuado à fl. 387 e pelo autuante à fl. 138, confirmam que a mesma situação já foi apreciada na Decisão prolatada pela 1ª CJF, ou seja, a informação prestada pelo Fisco paulista é de que o registro da Betel “foi cassado pela ANP em 24/03/2003, estando na condição de estabelecimento não localizado desde 20/11/2001, com seus sócios não sendo localizados” (fl. 138). Concluo que o documento juntado à fl. 138, “não constitui um fato novo como quis fazer entender o autuante, e sim a confirmação de informação que já foi apreciada e julgada. Por isso, não acolho a alegação do autuante, e considerando que as operações objeto desta autuação, relativas às notas fiscais emitidas pelo autuado de nº 4312 a 4580 (fl. 10 e 11), contra a empresa Betel Distribuidora de Petróleo Ltda, já foram apreciadas e julgadas improcedente em instância superior, considero coisa julgada e nula a exigência fiscal destas operações...”*

Quanto às demais operações envolvendo as empresas DEPASA, SANAGRO, SERAGRO, WKC. OASIS e Vinícola Santa Rosa Ltda, a JJF após aduzir que o contribuinte foi acusado de fazer entrega de mercadorias a contribuintes diversos dos indicados nas notas fiscais, e ter sido exigido o ICMS corresponde a operações internas, entendeu procedente a acusação, consignando que:

1. que em relação às Notas Fiscais de nºs 2316, 2329 e 2351, emitidas contra a DEPASA, documento fornecido pelo Fisco do Estado do Tocantins (fl. 335), confirma a inexistência de lançamentos na escrita fiscal daquele contribuinte, bem como não ter sido identificado registro de entrada naquele Estado;

- II. que em relação às Notas Fiscais de nºs 4123, 4184, 4475, 4477, 4519, 4528 e 4530, emitidas contra a empresa OÁSIS, documento fornecido pelo Fisco do Estado do Rio de Janeiro (fl. 194) e declaração fornecida por aquela empresa (fl. 226), comprovam que ocorreram outras aquisições de mercadorias do estabelecimento autuado, regularmente escrituradas, mas que não houve compra e registro das operações relativas às notas fiscais acima relacionadas;
- III. que em relação às Notas Fiscais de nºs 3696 e 3767, emitidas contra a empresa WKC, a empresa emitiu declaração (fl. 183) de que “nunca teve relação comercial” com o estabelecimento autuado, bem como o Fisco do Maranhão não identificou entradas das mercadorias naquele Estado (fl. 181);
- IV. que em relação às Notas Fiscais de nºs 5206 e 5207, emitidas contra a empresa Vinícola Santa Rosa Ltda, no documento juntado à fl. 167 o destinatário declara que adquiriu mercadorias constantes da Nota Fiscal de nº 5183, e que não adquiriu as mercadorias relacionadas nas notas fiscais indicadas.
- V. que em relação às Notas Fiscais de nºs 2335, 2372, 2735, 2744, 2839 e 2897, emitidas contra as empresas SANAGRO e SERAGRO, documentos fornecidos pelo Fisco do Estado de Sergipe (fls. 173 a 175) e pelos citados contribuintes, comprovam que ocorreram outras compras do estabelecimento autuado, que foram devidamente registradas nos livros fiscais, mas que não foram adquiridas as mercadorias consignadas nas citadas notas fiscais.

Assim, aduziu a JJF que as autorizações de carregamento e registro de recebimentos não fazem prova de que a operação foi realizada com os contribuintes indicados nas notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado, tendo em vista que os documentos juntados pela fiscalização demonstram que as notas fiscais objeto da autuação, não ingressaram nos Estados onde estão localizados os destinatários e não foram registradas nos livros fiscais dos mesmos. Também consignou a JJF que não pode ser acolhido a alegação defensiva de que alguns estabelecimentos não são distribuidores de petróleo e que o álcool comercializado se destinava a outro fim que não o de utilização como combustível, tendo em vista que, conforme documentos juntados ao processo, não ficou comprovado realização das operações com aquelas empresas, além do que o comprovante de recebimentos dos valores das operações objeto da autuação, juntado pelo autuado, não comprovam que os pagamentos foram feitos pelas empresas indicadas nas notas fiscais, restando comprovado que as mercadorias consignadas nas aludidas notas fiscais não foram destinadas àqueles contribuintes, e não ingressaram nos Estados e nas empresas tidas como destinatárias nos documentos fiscais.

Em conclusão, o item 4 foi julgado Procedente em Parte, tendo a JJF considerado nula a exigência fiscal em relação às operações com a empresa Betel Distribuidora de Petróleo Ltda., e mantendo a exigência dos valores referentes às demais notas fiscais, remanescendo como devido o valor de R\$109.934,07, conforme demonstrativo que o relator elabora em seu voto.

Irresignado, o sujeito passivo, através de procurador regularmente constituído, interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 438 a 444 - onde pede a reforma da Decisão recorrida relativamente à infração que lhe foi imputada no item 4, para que seja a mesma julgada improcedente, apresentando os seguintes argumentos:

- I. que idêntica matéria já foi objeto de apreciação pela 1ª CJF, através do Acórdão CJF nº 0620-11/03, ao apreciar o Auto de Infração nº 298942.0015/01-9, lavrado contra a empresa pelo mesmo autuante, sendo julgada improcedente, transcrevendo excertos do referido voto que entende respaldar a improcedência também deste lançamento de ofício;
- II. que na defesa demonstrou os registros contábeis das operações em tela, e que agora em sede recursal prova os recebimentos relativos aos pagamentos efetuados pelos destinatários, conforme documentos bancários que anexa – fls. 456 a 463 - e planilha onde consta de forma detalhada o pagamento das operações realizadas com a empresa WKC

Farias, mediante encontro de contas – fls. 464 – ao tempo que aduz que a comprovação dos pagamentos dos adquirentes está absolutamente consistente com a Decisão tomada como precedente, e que poderá o relator de segunda instância requerer diligência a ASTEC para tal comprovação;

- III. que ao realizar operações com Cláusula FOB – frete por conta do destinatário – caso dos autos, não pode se responsabilizar por eventuais desvios realizados pelos adquirentes, por total indisponibilidade de meios práticos para controle da destinação das suas vendas, além de não poder ser responsabilizada por erros de inteira responsabilidade de terceiros;
- IV. que, ainda, não se pode cobrar imposto acima do devido nas operações com adquirentes que não são distribuidoras de combustíveis, como a DEPASA, Destilaria Vale do Palmas S/A, WKC Farias & Cia Ltda., Vinícola Santa Rosa Ltda., SANAGRO e SERAGRO, como comprovam a razão social das mesmas, além de ser o produto vendido álcool hidratado para outros fins – que nunca é vendido para distribuidoras - e não álcool combustível, conforme comprovam os referidos documentos fiscais emitidos;
- V. que em se tratando de álcool hidratado para outros fins, deve ser dado o tratamento tributário de uma mercadoria comum, com alíquotas de 17% ou 12%, a depender se em operações internas ou interestaduais, e não o disposto no art. 511, incisos I e II, do RICMS/BA, e que, assim, o imposto devido foi regularmente recolhido.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo às fls. 470 a 473 - se manifesta pelo Provimento do Recurso Voluntário, consignando inicialmente que entende que o cerne da questão é unicamente o fato do transporte da mercadoria, objeto das operações autuadas, haver sido realizado com cláusula FOB e a apresentação de precedente do CONSEF em situação idêntica, no qual restou afastada a acusação fiscal.

Aduz que na operação realizada a preço FOB, o destinatário da mercadoria não só é responsável pelo pagamento da despesa com frete, como também se encarrega do transporte da mercadoria, contrata a transportadora que vai prestar o serviço, mandando buscar o produto adquirido. Aduz, ainda, que no caso em tela os adquirentes da mercadoria encaminharam autorizações à empresa MEDASA para carregar os veículos por eles enviados com o “combustível adquirido (álcool anidro)”, como se vê dos documentos de fls. 288 a 333.

Assim, entende que não pode a remetente ser responsabilizada por eventuais desvios realizados pelos proprietários da mercadoria adquirida, circunstância que se soma à evidente indisponibilidade de meios práticos do recorrente para controle da destinação das suas vendas, como alega.

Conclui que, à míngua de prova em contrário, o autuado não pode figurar no pólo passivo da relação jurídica em comento, por ilegitimidade passiva, devendo ser responsabilizado o transportador pelo destino dos bens adquiridos, ao qual deveria ter sido imputada a responsabilidade tributária prevista no art. 6º, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96, que transcreve.

Ressalta que a teor do quanto observado nas mencionadas notas fiscais, o campo relativo aos dados do “transportador/volumes transportados”, no qual consta que o frete foi por conta do destinatário, nem sempre o “nome/razão social” da transportadora refere-se de fato a uma empresa de transporte de cargas, por vezes referindo-se a empresas como Boa Esperança e Lubrificantes Ltda.; Posto Kalilândia Ltda., etc.; todavia, a despeito do indício que isso representa, entende que deve ser reconhecida a existência de ilegitimidade passiva.

Ao final, concluindo ser nula a exigência fiscal levada a efeito contra o autuado, nos termos do art. 18, IV, “b” do RPAF/BA, aduz que caso acolhido o presente opinativo, deva ser efetuada nova autuação desta feita efetuada contra quem de direito.

Às fls.474, consta despacho da lavra da procuradora Sylvia Amoêdo, concordando com os termos do opinativo retromencionado.

Na assentada do julgamento, a procuradora que estava presente à sessão se manifestou discordando do opinativo da PGE/PROFIS no sentido de que não há ilegitimidade passiva com base no art. 173 do CTN.

VOTO

Inicialmente, é necessário consignar que o Recurso de Ofício cinge-se à desoneração realizada pela JJF ao excluir da exigência fiscal descrita no item 3 da autuação os valores cobrados relativos aos meses de janeiro de 2004 e junho de 2005, e ao declarar nula a exigência fiscal pertinente aos valores cobrados nas operações realizadas com a empresa Betel Distribuidora de Petróleo Ltda., constante da infração descrita no item 4 da autuação. Já o Recurso Voluntário, cinge-se à manutenção por parte da JJF das exigências fiscais relativas às operações realizadas com as empresas Oásis Distribuidora de Petróleo, Destilaria Vale do Palmas S/A (DEPASA) WKC Farias & Cia Ltda., Vinícola Santa Rosa Ltda., Santana Agroindustrial Ltda.(SANAGRO) e Sergipe Industrial Ltda. (SERAGRO), relacionadas à infração descrita no item 4 da autuação.

No que toca ao Recurso de Ofício, entendemos não merecer reparos a Decisão recorrida. Quanto aos valores excluídos pela JJF relativos à infração descrita no item 3 da autuação – que imputa ao sujeito passivo o aproveitamento de crédito fiscal superior ao permitido pelo Decreto nº 7.516/99 (crédito outorgado de R\$0,08 por litro de álcool anidro vendido) e conforme Decisão judicial obtida pelo contribuinte através do Processo nº 342487-0/2004 – restou comprovado nos autos que o autuante, equivocadamente, ao transportar valores do saldo acumulado do período de novembro de 1999, lançado em janeiro de 2004, o fez a mais, sendo devido apenas o valor de R\$5.683,68, e quanto ao período de junho/2005, também não foi observado pelo autuante ao efetuar o lançamento que o sujeito passivo, conforme informado na defesa, protocolou em 30/09/02 pedido de utilização de crédito fiscal para pagamento de parte do Auto de Infração de nº 298942.0015/01-9, no valor de R\$271.285,52, escriturando o débito correspondente, mas como teve seu pedido indeferido pela DITRI, efetuou o estorno deste débito no mês de junho/05, juntamente com outro crédito relativo à devolução de mercadorias no valor de R\$1.030,53, o que totaliza o valor lançado de R\$272.316,05, objeto da glosa em apreço, devidamente lançado na DMA do mês de junho/05, conforme comprovam os documentos juntados às fls. 267, 272 e 265.

Em relação à decretação da nulidade de parte da exigência fiscal do item 04, relativa às operações envolvendo a empresa Betel Distribuidora de Petróleo Ltda., de fato não poderia subsistir a cobrança em tela, posto que através de outro Auto de Infração de nº 298942.0005/04-8, lavrado anteriormente contra o mesmo sujeito passivo e pelo mesmo autuante, exige-se imposto sobre as mesmas operações realizadas com a empresa citada, como se verifica do cotejo do demonstrativo acostado aos autos pelo sujeito passivo (fls. 285 e 287), extraído do lançamento de ofício citado, e o demonstrativo elaborado pelo autuante no presente lançamento de ofício (fls. 10 e 11), além do que tal Auto de Infração já foi objeto de julgamento pela improcedência da ação fiscal, através do Acórdão CJF nº 0130-11/05, não mais cabendo pronunciamento sobre a matéria, ainda que se possa questioná-la, pois se operou coisa julgada.

E, de fato, como bem define Carvalho Filho, a coisa julgada administrativa, que embora seja diversa da coisa julgada no âmbito judiciário (*res judicata*), opera “*como sendo a situação jurídica pela qual determinada Decisão firmada pela Administração não mais pode ser modificada na via administrativa*”, ou, como define Hely Lopes Meirelles, é a chamada preclusão administrativa, ou seja, o esgotamento da discussão na via da própria Administração Pública.

Quanto ao Recurso Voluntário, primeiramente devemos nos pronunciar sobre o Parecer exarado pela PGE/PROFIS, que embora não vincule a Decisão a ser proferida pelo Conselho de Fazenda,

coincide com um dos argumentos apresentados pelo sujeito passivo, no sentido de não lhe poder ser imputada à responsabilidade tributária pelo fato das operações terem sido realizadas com Cláusula FOB (free on board), ou seja, com o frete sendo de responsabilidade do adquirente/destinatário, que assume a retirada das mercadorias adquiridas.

Neste sentido, *data venia* o opinativo referenciado, entendemos que o mesmo não se aplica ao caso concreto, e nem reflete a legislação posta e a jurisprudência dos tribunais superiores sobre a matéria. A forma como a operação é realizada, se com Cláusula FOB ou com Cláusula CIF, não é fato que enseje a exclusão da responsabilidade tributária do contribuinte que realiza operação comprovadamente irregular.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a questão em diversos julgados, nesta mesma linha, como abaixo transcrevemos:

“TRIBUTÁRIO – ICMS – CLÁUSULA FOB (FREE ON BOARD) – INCLUSÃO DO FRETE NA BASE DE CÁLCULO – LEGALIDADE – ART. 8º DA LC N. 87/96 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALORES EXCESSIVOS – NÃO-OCORRÊNCIA – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 123 do CTN, a cláusula FOB não pode ser oposta perante a Fazenda Pública para exonerar a responsabilidade tributária do vendedor. (Precedente REsp 37.033/SP.) Recurso especial improvido. (REsp 886.695/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 14.12.2007 p. 388) “

Assim, como visto, entende o STJ que, pelo teor do art. 123 do CTN, abaixo transcrito, qualquer ajuste quanto ao local da entrega da mercadoria só é válido nas relações privadas, não na relação tributária, ou seja, não se deve confundir a responsabilidade contratual e a responsabilidade tributária.

“Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”

A cláusula FOB é utilizada para fixar e limitar a responsabilidade do vendedor pelo transporte das mercadorias, sendo que a partir da sua retirada pelo adquirente/destinatário, cessa a responsabilidade do vendedor, exaurindo sua obrigação contratual quanto aos riscos e ônus sobre a coisa, mas tal fato nada tem a ver com a responsabilidade tributária, ou seja, a convenção referente à Cláusula FOB não altera a sujeição passiva da obrigação tributária, muito menos sua responsabilidade em adimpli-la.

Ainda que assim não se entendesse estabelece o art. 913 do RICMS que *“Respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que tenham concorrido, de qualquer forma, para a sua prática, ou que dela se tenham beneficiado”*, o que também validaria a exigência feita ao recorrente, e ainda poder-se-ia aplicar a regra do § 3º do art. 6º da Lei nº 7.014/96, citado pela PGE/PROFIS, que estabelece que *“A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos”*.

Afastada, portanto, a ilegitimidade passiva arguida, adentrando no mérito da exigência fiscal, entendemos que o deslinde da questão passa necessariamente pela análise dos documentos constantes dos autos, tanto os anexados pelo autuante quanto os acostados pelo sujeito passivo - nas diversas oportunidades que teve para se manifestar neste lançamento de ofício - com o fito de verificar se de fato os mesmos provam que as operações constantes das notas fiscais objeto da autuação foram irregulares - como imputa o Auto de Infração - diante das declarações das empresas que constam como destinatárias nos referidos documentos fiscais de que não efetuaram tais aquisições ou, até mesmo, que não têm relações comerciais com a empresa emitente, informações respaldadas pelos Fiscos de destino, onde estão estabelecidas as referidas empresas, e que serviram de base à autuação.

Neste sentido, da análise das autorizações de carregamento acostadas aos autos pelo sujeito passivo, bem como das cópias do seu livro Diário e do demonstrativo de recebimentos que elabora, documentos que segundo o recorrente comprovariam a lisura e efetividade das operações constantes nos documentos fiscais objeto da autuação, concluímos que não se revestem da característica de suporte probatório a elidir a exigência fiscal.

E esta conclusão tem como base o fato de que não há como dar fé às autorizações de carregamento apresentadas, visto que são documentos que não se revestem de requisitos que possam comprovar que de fato foram emitidos pelos contribuintes que constam das notas fiscais objeto da autuação, além de em várias delas haver intervalos longos entre suas datas e as datas de emissão dos referidos documentos fiscais, além de não haver coincidência nos quantitativos dos produtos. Tais falhas também podem ser verificadas no livro Diário e no demonstrativo de recebimentos elaborado pelo sujeito passivo (fls. 388 e 389), que não coincidem em datas e valores com os dados constantes nas notas fiscais objeto da autuação, sendo desnecessária diligência para chegar a tal conclusão. Registre-se, por oportuno, que na Decisão proferida através do Acórdão CJF nº 0620-11/03, apresentada como paradigma pelo recorrente, houve a comprovação do pagamento pelo adquirente das mercadorias, o que, como visto, não ocorreu no presente processo.

Por outro lado, entendemos razão assistir ao recorrente ao contestar a alíquota aplicada pelo autuante – 25% (mais 2 pontos percentuais a título de Fundo de Combate à Pobreza, a partir de 2002) – posto que o produto que consta das notas fiscais é álcool hidratado para outros fins, cuja alíquota é de 17% para as operações internas e 12% para as operações interestaduais, não havendo também prova nos autos de que seria outro tipo de álcool (carburante) o que de fato foi comercializado, e cuja alíquota é 25%, à exceção das notas fiscais emitidas tendo como destinatária a empresa Oásis Distribuidora de Petróleo Ltda., onde consta como produto comercializado o produto álcool anidro carburante, cuja alíquota é de fato 25%.

Aplicando a regra do RICMS que determina qual será a alíquota aplicada nas operações irregulares com mercadorias, caso dos autos, aplicar-se-á a alíquota interna, presumindo-se a mercadoria como posta em circulação neste Estado, nos termos do §3º do art. 50, combinado com o inciso VII, “a”, item 1, do art. 632, abaixo transcritos:

“Art. 50. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I - 17%, exceto nas hipóteses de que cuida o artigo subsequente:

a) nas operações e prestações internas, em que os remetentes ou prestadores e os destinatários das mercadorias, bens ou serviços estejam situados neste Estado;

§ 3º Tratando-se de mercadoria ou serviço de transporte em situação fiscal irregular, a aplicação da alíquota interna ou da interestadual atenderá aos critérios do inciso VII do art. 632.

“Art. 632.....:

VII - para efeitos de definição do local da ocorrência do fato gerador e da alíquota aplicável na hipótese de operação ou prestação sem documentação fiscal ou em situação fiscal irregular, inclusive quando constatada no trânsito, ainda que a mercadoria ou o serviço sejam procedentes de outra unidade da Federação, presume-se a mercadoria ou o serviço, conforme o caso, posta em circulação ou prestado neste Estado, estando sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, considerando-se ocorrido o fato gerador no local onde se encontre a mercadoria ou o prestador do serviço, sendo que:

a) será aplicada a alíquota prevista para as operações:

1 - internas, nas situações de que cuida o inciso I do art. 50, a menos que se trate de serviço de transporte aéreo ou de mercadoria ou serviço integrantes da cesta básica ou considerados supérfluos, hipótese em que a alíquota aplicável é a do inciso III do art. 50 ou do art. 51, conforme o caso;” Grifos nossos.

Assim, aos valores de bases de cálculo apurados pelo autuante, conforme demonstrativo de fls. 10 e 11 dos autos (excluída as operações com a empresa Betel Distribuidora de Petróleo) deve ser

aplicada à alíquota de 17% para o produto álcool hidratado para outros fins, e 25% para o álcool anidro carburante (notas fiscais emitidas em nome da empresa Oásis Distribuidora de Petróleo), conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 4							
Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Aliq. (%)	Débito	Vlr. Recolhido	ICMS Devido	Multa
31/05/2001	09/06/2001	108.854,21	17	18.505,21	5.655,85	12.849,36	100
31/07/2001	09/08/2001	48.033,00	17	8.165,61	2.592,00	5.573,61	100
31/08/2001	09/09/2001	16.693,50	17	2.837,89	864,00	1.973,89	100
30/06/2002	09/07/2002	37.624,79	17	6.396,21	1.603,96	4.792,25	100
31/07/2002	09/08/2002	24.832,77	17	4.221,57	1.436,11	2.785,46	100
31/08/2002	09/09/2002	37.132,54	17	6.312,53	0,00	6.312,53	100
31/10/2002	09/11/2002	123.394,44	25	30.848,62	0,00	30.848,62	100
31/10/2002	09/11/2002	132.394,44	2	2.467,89	0,00	2.467,89	100
30/06/2003	09/07/2003	81.678,84	17	13.885,40	3.568,32	10.317,08	100
30/06/2003	09/07/2003	81.678,84	2	1.633,57	0,00	1.633,57	100
TOTAL		692.317,37		95.274,50	15.720,24	79.554,26	

Ressalto, ainda, que deverá ser mantida a exigência de dois pontos percentuais à alíquota fixada para as datas de ocorrência de 31/10/2002 e 30/06/2003.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298942.0603/06-9 lavrado contra **MEDASA-MEDEIROS NETO DESTILARIA DE ÁLCOOL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$98.170,43**, acrescido das multas de 100% sobre R\$79.554,26 e 60% sobre R\$18.616,17, previstas no art. 42, incisos IV, “c” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SLVA ANDRADE – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS