

PROCESSO - A.I. Nº 210365.0015/02-0
RECORRENTE - C. & S. COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0008/01-03
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 22.04.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0151-11/03

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, o álcool etílico hidratado para fins carburantes. Portanto, é devida a antecipação pelo adquirente relativo às suas operações e às subsequentes. Comprovado nos autos a simulação de operações interestaduais de venda de álcool hidratado para outros fins visando um tratamento fiscal menos gravoso. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO AO FISCO. MULTA. O contribuinte embora devidamente intimado não apresentou ao fisco os livros fiscais, o que enseja a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. Alegações recursais insuficientes para modificar o julgamento de 1ª Instância. Preliminar de nulidade da intimação rejeitada. Validade da citação feita ao preposto (contador) do estabelecimento autuado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando reforma da Decisão proferida no Acórdão nº 0008/01/03, que considerou Procedente a acusação fiscal formulada no Auto de Infração, onde apontou as seguintes irregularidades:

1. falta de recolhimento de ICMS por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sob o argumento de que teria havido simulação de operações de saídas interestaduais de álcool etílico hidratado, tendo exigido o imposto no valor de R\$228.955,64, referente aos meses de abril a novembro de 2001 e maio a setembro/2002.
2. falta de apresentação de livros fiscais com a aplicação de multa de R\$ 80,00.

Os argumentos apresentados na defesa às fls. 220 a 222, através de advogado, em síntese foram os seguintes:

- 1 - argüição de que o subscritor da intimação foi o contador da empresa, e que o mesmo, ao teor do CPC, que se aplica no processo tributário, determina que para a validade do processo é necessário que haja a citação do réu, e por isso requer a nulidade do processo.
- 2 - que ao teor do art. 114 do CTN, o elemento nuclear é a circulação econômica da mercadoria.
- 3 - diz que o autuante considerou que o destinatário das mercadorias – Nortiquímica Com. e Representações Ltda, ao declarar que não adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais, presumiu que houve circulação de mercadorias e esta presunção tinha que ser provada, sob pena de estar em desacordo com o disposto no art. 114 do referido Código.
- 4 - que relativamente à infração 2, teria decorrido a impossibilidade material de atender a intimação, em face da documentação estar em poder do Fisco, e pediu que fosse feita uma revisão por fiscal estranho ao feito, e requereu a improcedência da autuação.

O autuante prestou informação às fls. 227 a 231 onde esclareceu de forma organizada e transparente quais os procedimentos utilizados para concluir o trabalho fiscal, apontando os demonstrativos, declaração da empresa destinatária das mercadorias dentre outros. Rebateu cada argumento do defendente e se reportou quanto à Nulidade argüida, acerca da intimação. E relativo ao mérito, afirmou que restou comprovado com base no art. 2º, inciso I do RICMS e a declaração da empresa destinatária (Nortiquímica e Belém Química Ind. e Com) que as notas fiscais são inidôneas. Concluiu que o produto álcool hidratado teria sido comercializado para fins carburantes, embora o autuado tivesse declarado que era para “outros fins”.

Alegou ainda que o imposto se dá sob a forma de antecipação como determina a Portaria nº 270/93.

E quanto ao item 2, argüiu que embora o autuado tenha sido intimado, não atendeu à fiscalização e acrescentou ainda que a documentação apresentada foi devolvida, e pediu a Procedência da autuação.

A Junta Julgadora do Acórdão recorrido rejeitou a preliminar de nulidade, observando que o RPAF no seu art. 3º, II, elenca o contador como preposto da empresa. No mérito, conclui que os elementos acostados ao processo pelo autuante, caracterizavam a simulação de vendas interestaduais, visando submeter as operações a uma tributação menos gravosa. Fundamentou a tributação de 25% do produto autuado, e observou que o álcool etílico anidro se destinado a estabelecimento distribuidor de combustíveis terá o tratamento do imposto diferido, inclusive nas operações interestaduais, enquanto o álcool etílico hidratado integra o rol dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária. Diz que o que autuado emitiu notas fiscais para estabelecimentos situados em Pernambuco e no Pará, tendo um dos estabelecimentos declarado que não adquiriu as mercadorias, e o outro estabelecimento, segundo o Fisco daquele Estado, estava com a inscrição estadual suspensa.

Argüiu ainda que não foram descaracterizadas pelo impugnante estas afirmativas, com uma prova incontestada, como por exemplo o comprovante do pagamento de duplicatas, comprovantes de entrega das mercadorias com a assinatura do recibo na nota fiscal, e assim, entendeu que a presunção de que ocorreu a internalização da mercadoria no território baiano era consistente.

Analizou o disposto na norma regulamentar - art. 51, § 2º do RICMS/97 - que estabelece uma condição que não foi cumprida pelo defendente para operar com o álcool destinado a outros fins - que seria a autorização obtida previamente do inspetor fazendário do seu domicílio. E considerou correto o procedimento fiscal e votou pela Procedência do item 1 e manteve a multa do item 2,

não acatando o argumento do defendente de que os livros fiscais estavam em poder do fisco, diante da intimação e da devolução da documentação fiscal.

O autuado ao tomar ciência da Decisão, apresentou Recurso Voluntário através dos seus advogados e argüiu preliminar de nulidade da intimação, sob o argumento de que a mesma foi recebida e assinada por contador que era um profissional autônomo e não tinha com a empresa vínculo de subordinação, requerendo a extinção do processo sem julgamento do mérito por entender que a citação é nula.

No mérito se insurge quanto ao item 1 alegando que o autuante se valeu da declaração da destinatária das mercadorias – NORTIQUIMICA - sediada em Recife, que afirmou não ter adquirido as mercadorias, e alega que esta declaração não teria nenhum valor jurídico. Asseverou que a não apresentação dos livros fiscais se devia ao fato de terem os mesmos sido retidos pelo Fisco Estadual. Concluiu a peça recursal requerendo reforma da Decisão, e provimento ao Recurso para julgar Improcedente o Auto de Infração em lide.

A PROFAZ exarou Parecer à fl. 255 dos autos, onde considerou que nas razões do Recurso Voluntário não se constatava razão jurídica que possibilitasse modificação no julgamento. Assegurou que não existe vício na intimação, por que o preposto tem legitimidade à luz do RPAF vigente, e ressaltou que o pleno exercício do direito de defesa do autuado foi exercido. Concluiu que as infrações estavam devidamente comprovadas nos autos, e não foi apresentada pelo recorrente qualquer prova do pagamento do imposto relativo à aquisição do álcool etílico hidratado.

VOTO

Inicialmente passo a analisar a Nulidade suscitada pelo recorrente, sob o argumento de que a citação para apresentar a defesa ou quitar o débito do lançamento ex-offício, feita na pessoa do seu contador, não teria legitimidade, por que o mesmo não era seu empregado, mas um profissional autônomo. Considero que acertadamente o relator da Decisão *a quo* rechaçou tal argumento, com a observação pertinente de que respaldado no art. 3º, inciso III do RPAF/99, é válida a intervenção no processo, por preposto, assim entendido aquele que mantém vínculo com o sujeito passivo, ou mediante contrato de prestação de serviço.

Rejeito a preliminar de nulidade. O contribuinte foi intimado de forma válida. O contador é preposto da empresa nos termos do art. 3º, III, do RPAF/99. Logo, espanca de uma vez por todas o argumento do recorrente quanto à validade da intimação. Ademais, conforme preconiza o art.108 inciso I do RPAF/99, a intimação do sujeito passivo poderá ser feita por preposto mediante a aposição da assinatura do mesmo no documento.

De outro modo, a intimação, para que o contribuinte no prazo de 30 dias, recolhesse o débito ou apresentasse defesa, cumpriu o seu mister, uma vez que foi apresentada defesa tempestiva às fls. 219 a 221 dos autos.

Assim é que, ainda que no caso em exame, o contador não fosse à luz da legislação processual preposto da empresa, a irregularidade na intimação não ensejaria a nulidade, por que não se configurou nenhum prejuízo para o autuado, que exerceu o seu direito de defesa assegurado constitucionalmente.

A doutrina é assente que o pressuposto para que a Nulidade seja decretada é a existência do prejuízo da parte que não pode ser alcançada pela preclusão— perda do prazo processual -, se a

ciência da prática de determinado ato a ser praticado no processo deixou de ser feito, em virtude de defeito ou irregularidade na citação.

Deste modo, a legislação processual civil (CPC) dispõe no artigo 154, que se reputam válidos os atos ainda que realizados de outro modo atenda à finalidade essencial, e no artigo 249 § 1º preconiza que o ato não se repetirá nem será suprida a falta quando não prejudicar a parte. Logo, de onde se infere que o legislador pretendeu que em não havendo prejuízo, a nulidade deve ser afastada, como, aliás, dispõe o artigo. 18, § 2º do RPAF/99, que não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou *se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade*.

Ocorre que no presente caso, o contador é preposto, de modo que citamos os dispositivos da legislação processual civil, aplicada subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, e do regulamento do processo administrativo fiscal, para demonstrar que não encontra agasalho na legislação processual vigente, a pretensão do recorrente.

Quanto ao mérito, como se vê na peça recursal, o recorrente alegou apenas que a declaração da empresa NORTIQUÍMICA de não ter adquirido as mercadorias objeto da autuação, não teria nenhum valor jurídico, e que a simulação ou dolo não se presume e deve ser provado.

Entendo que a Decisão recorrida acertadamente manteve a Procedência da acusação diante dos fatos postos no presente processo, senão vejamos:

O sujeito passivo, adquiriu conforme se vê das notas fiscais acostadas no processo às fls. 81 a 128 dos autos, álcool etílico hidratado consignando (outros fins). O Convênio nº 03/99 determina que será retido o imposto pelo remetente se o álcool adquirido for para fins carburantes.

Verifica-se que as mercadorias em questão estão elencadas no rol dos produtos constantes na Portaria nº 270/93, portanto, o imposto é de responsabilidade do adquirente e recolhido na condição de distribuidor do combustível, conforme dispõe o artigo 512, inciso I, “b”, item 1 do RICMS/BA, e a base de cálculo é determinada conforme dispõe o art. 61 e o disposto no artigo 371, inciso I, do mesmo Regulamento.

As operações interestaduais de vendas das mercadorias constantes nas notas fiscais feitas pelo autuado, para as duas empresas já referidas, se revelaram incertas, conforme consta às fls. 129 a 173, as citadas notas fiscais apontam venda interestadual de álcool para “outros fins”, uma vez que a empresa situada em Pernambuco declara que atua no comércio atacadista de outros produtos químicos e jamais efetuou compra de álcool hidratado para “outros fins” no período de 2000 a 2002, e junta documentos de seu contrato social e alteração cadastral. E quanto a empresa situada no Pará, conforme documentos de fls. 213 a 215 dos autos se encontra com inscrição suspensa.

Por outro lado, o recorrente nega a infração, mas não explica por que se tratava de álcool etílico hidratado para “outros fins”, não procedeu conforme determina o § 2º do art.51 do RICMS/97, que assim dispõe:

Art. 51 (.....)

§ 2º - relativamente as operações com álcool etílico (etanol) anidro ou hidratado observar-se-á:

Inciso II – a adoção de 17% ou 25% é condicionada que o adquirente obtenha previamente autorização do Inspetor Fazendário de sua circunscrição, mediante requerimento em que declare o preenchimento dos requisitos previstos no inciso anterior, devendo o número do respectivo processo ser informado no documento fiscal que acobertar a operação.

Verifico que à fl. 200 dos autos, consta uma autorização do Inspetor para que nas saídas de álcool hidratado para outros fins, seja aplicada a alíquota de 17%, mas, em razão da mesma, datada de 18/05/2001, não fazer referência à empresa em exame, entendo que não pode ser levada em consideração.

Diante dos elementos constantes dos autos, e sobretudo em face do comando do artigo 51, § 2º retromencionado, considero que a acusação não foi elidida pelo recorrente, e portanto é devida a antecipação do imposto com a alíquota interna de 25%, prevista no art. 51, inciso II, alínea “e”, item 2 do RICMS/97.

Quanto à infração 2, o argumento do recorrente de que a não apresentação dos livros se deu em razão dos mesmos terem sido retidos pelo Fisco Estadual, sem contudo fazer a prova de que houve qualquer intimação ou arrecadação de documentos não pode ser acolhida. Portanto, não nega que tenha deixado de apresentar os livros, ou seja, que cometeu a infração de natureza acessória.

Assim, diante da ausência de prova da sua alegação, considero correta a aplicação da referida multa e fica mantida.

Por todo o exposto, entendo que o lançamento ora *sub examine* é consistente, razão por que não cabe reforma na Decisão Guerreada, e respaldado ainda no Parecer da PROFAZ, concluo que o Recurso Voluntário deve ser NÃO PROVIDO.

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 **210365.0015/02-0**, lavrado contra **C. & S. COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$228.955,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa de **R\$80,00**, prevista no art. 42, XX, “a”, da citada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2003.

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PROFAZ