

A. I. Nº - 210365.0015/02-0
AUTUADO - C & S COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO CEZAR ANDRADE BARBOSA
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 06.02.03

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-01/03

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Álcool etílico hidratado para fins carburantes é mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária. É, portanto, devida a antecipação. A empresa se valeu de simulações, a fim de submeter as operações a tratamento fiscal menos gravoso. Está correto o lançamento fiscal. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Não é convincente a alegação de que os livros se encontravam em poder do fisco, haja vista os termos de intimação e de devolução de livros e documentos acostados aos autos. Mantida a autuação. Não acatada a preliminar de nulidade do procedimento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/10/02, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Teria havido simulação de operações de saídas interestaduais de álcool etílico hidratado. Imposto exigido: R\$ 228.955,64. Multa: 60%;
2. falta de apresentação de livros fiscais. Multa de R\$ 80,00.

O autuado apresentou defesa argüindo a nulidade da intimação, alegando que quem assinou a intimação do Auto de Infração foi o contador da empresa. Argumenta que o contador é um profissional autônomo, não sendo empregado, preposto ou representante legal da empresa à qual presta serviços. Fundamenta o seu ponto de vista na regra do art. 214 do CPC, segundo o qual, para validade do processo, é indispensável a citação do réu. Requer a decretação da nulidade do procedimento, sem julgamento do mérito.

Quanto à exigência fiscal objeto da autuação, a defesa reporta-se ao art. 114 do CTN, destacando que o fato gerador da obrigação tributária principal, no caso do ICMS, tem como elemento nuclear a circulação de mercadoria. Comenta que o fato gerador de um tributo tem como substrato um fato material. Em se tratando de ICMS, deve haver a circulação de mercadoria, e não uma suposição de circulação de mercadoria.

A defesa observa que, na 1^a infração, o contribuinte é acusado de ter simulado operações de saídas interestaduais de álcool etílico hidratado. Frisa que simulação, fraude ou dolo não se presumem, devendo o fato ser provado. Protesta que as declarações prestadas pelo destinatário não têm

nenhum valor jurídico; se o destinatário informasse que ocorreram tais operações também nada valeriam. Argumenta que provar o fato gerador de um tributo através de “declarações” ou através de prova testemunhal não condiz com o art. 114 do CTN.

Quanto à 2^a infração, o autuado diz que não pôde apresentar os livros fiscais porque os mesmos estavam retidos pelo fisco estadual.

Pede revisão fiscal por auditor estranho ao feito, prova documental, pericial, etc. Requer a improcedência do Auto de Infração.

O auditor responsável pelo procedimento prestou informação contrapondo que não faz sentido o pedido de nulidade da autuação por ter sido feita a intimação ao contador da empresa, haja vista que o sujeito passivo tomou conhecimento imediato do teor do Auto de Infração, tanto assim que apresentou defesa em tempo hábil, não tendo havido prejuízo à ampla defesa.

Quanto às considerações do autuado atinentes à ocorrência do fato gerador, o fiscal comenta que o fato se torna tributável na saída de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, conforme o art. 2º, inciso I, do RICMS, estando plenamente provado no presente Auto de Infração que todo o álcool etílico hidratado adquirido no período considerado foi integralmente comercializado. A empresa deu saída de 1.839.796 litros de álcool etílico hidratado. Desse total, 1.243.965 litros saíram com Notas Fiscais, sendo estas consideradas inidôneas, e 595.831 litros saíram sem Notas Fiscais. Considera que a empresa, ao inscrever-se no cadastro estadual, declarou comercializar álcool etílico hidratado para fins não carburantes para não pagar o tributo por antecipação no primeiro posto fiscal do percurso, como determina a Portaria nº 270/93 do Secretário da Fazenda.

Comenta o fiscal autuante que o álcool etílico hidratado tanto pode ser utilizado para fins carburantes como pode ser utilizado como matéria-prima na fabricação de bebidas, vinagres e medicamentos. Nas operações internas, quando o álcool se destina a fins carburantes, a alíquota é uma; quando se destina a outros fins, a alíquota é outra. A legislação estadual estabelece mecanismos de controle dessas operações. A seu ver, cabia ao contribuinte, na defesa, descaracterizar o que foi relatado no Auto de Infração, aclarando os fatos.

Quanto à 2^a infração, o autuante diz que o sujeito passivo, apesar de regularmente intimado, não atendeu ao que foi solicitado pela fiscalização.

Conclui a informação considerando que a defesa visa apenas a procrastinar o recolhimento do imposto. Opina pela manutenção do procedimento fiscal.

VOTO

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, é válida a intervenção no processo por preposto, assim entendido a pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício ou contrato de prestação de serviço profissional continuado.

Passo ao exame do mérito.

No 1º tópico deste Auto de Infração, é exigido o ICMS devido por antecipação relativamente à aquisição de álcool etílico hidratado procedente do Estado de São Paulo.

De acordo com a descrição dos fatos, e considerando os elementos acostados aos autos pelo fiscal autuante, fica patente que a empresa simulou vendas interestaduais, a fim de submeter as operações a tratamento fiscal menos gravoso.

O álcool étilico – etanol – compreende o álcool étilico anidro e o álcool etílico hidratado. Ambos podem destinar-se a fins carburantes, cuja alíquota, nas operações internas, é de 25%. O álcool etílico anidro, quando destinado a estabelecimento distribuidor de combustíveis, tem o imposto diferido, inclusive nas operações interestaduais. Por seu turno, o álcool etílico hidratado integra o rol dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária.

No caso em exame, o autuado adquiriu álcool etílico hidratado a empresas do Estado de São Paulo. Se fosse declarado tratar-se de álcool para fins carburantes, os remetentes seriam obrigados a efetuar a retenção do imposto, haja vista o Convênio ICMS 3/99. Porém consta nos documentos que o álcool é destinado a “outros fins”, ou seja, é destinado a fins não carburantes. Com isso, os remetentes eximem-se da obrigação de reter o imposto.

Os elementos acostados aos autos pelo fiscal autuante indicam que é incerta a destinação dada ao produto. O autuado emitiu Notas Fiscais para duas empresas estabelecidas em outros Estados (Pernambuco e Pará). Um dos destinatários declara não ter comprado a mercadoria, e o outro se encontrava com a inscrição cadastral suspensa, conforme declaração do fisco do Estado do Pará. É evidente que tais declarações, por si sós, não são decisivas. Porém a defesa não fez prova de que realmente as mercadorias foram destinadas às pessoas indicadas nos aludidos documentos fiscais. Essa prova poderia ser feita, por exemplo, através dos comprovantes de pagamento das duplicatas, através dos recibos de entrega (os chamados “canhotos” das Notas Fiscais), através dos Conhecimentos de Transporte, etc. Considero razoável a presunção de que a mercadoria, ao ser revendida, teve como destino físico o território baiano (“operações internas”, de acordo com a terminologia do Regulamento).

Resta analisar qual a finalidade do uso do álcool em questão. Uma circunstância conduz à conclusão de que o álcool se destina a fins carburantes: é que, nos termos do § 2º do art. 51 do RICMS/97, para operar com álcool destinado a “outros fins”, o contribuinte precisava ter obtido, previamente, autorização da repartição fiscal do seu domicílio.

A defesa pede a revisão do lançamento por auditor estranho ao feito. Não indica, porém, nenhum erro ou vício que justifique tal providência. Nego o pedido.

O fisco levantou no item 1º do Auto de Infração a falta de pagamento do imposto por antecipação. Álcool etílico hidratado para fins carburantes é mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária. É, portanto, devida a antecipação do tributo. E a alíquota, nas operações internas, é de 25%. Está correto o lançamento fiscal.

O 2º item diz respeito a multa por descumprimento de obrigação de natureza acessória – falta de apresentação de livros fiscais. Não é convincente a alegação de que os livros se encontravam em poder do fisco, haja vista os termos de intimação e de devolução de livros e documentos acostados aos autos.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210365.0015/02-0, lavrado contra **C & S COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 228.955,64**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42,

inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa de **R\$ 80,00**, prevista no art. 42, XX, “a”, da supramencionada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2003

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA