

A. I. Nº - 298942.0005/04-8
AUTUADO - MEDEIROS NETO DESTILARIA DE ÁLCOOL S/A.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 28. 12. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0515-04/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Constatando-se diferença de saída de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto normal devido pelo vendedor das mercadorias, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Efetuadas as devidas correções nos cálculos do imposto. Infrações parcialmente caracterizadas. **3.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. VENDAS DE MERCADORIAS A DESTINATÁRIO DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL OS QUAIS ENCONTRAM-SE COM INSCRIÇÃO CANCELADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Refeito os cálculos com base em diligência fiscal saneadora, a infração restou parcialmente comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/03/04, exige ICMS no valor de R\$ 1.688.093,46, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$ 262.577,16, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita;
2. Falta de retenção e do conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 63.504,39, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuada sem a emissão de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita;
3. “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Destinou mercadorias a contribuintes com inscrições canceladas (fls. 18 e 19), como também, para destinatário diverso (fls. 543 a 592). Conforme anexo (fls. 20 e 21), é praxe do contribuinte destinar mercadorias para destinatário diverso, onde a Fiscalização de Trânsito, constantemente, tem lavrado Auto de Infração. Feita a circularização notou-se que além das remessas detectadas pelo trânsito, houve outras das quais o destinatário informa que não adquiriu o produto, portanto, com destino incerto. Cabendo ao remetente o pagamento do imposto integral”. Foi exigido imposto no valor de R\$ 1.362.011,91.

As infrações 1 e 2 foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado nos anos de 2001 e 2002.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 599/610, apresentou os seguintes argumentos para refutá-lo:

Infração 1

Exercício de 2001 - Alega que no levantamento quantitativo de 2001, não foi considerada a perda decorrente de evaporação, registrada no Livro de Produção Diária (LPD), num total de 854.012 litros de álcool (fl. 612), o que reduziria a omissão apurada de 951.716 litros para 97.704 litros de álcool.

Explica que a omissão de 97.704 litros foi decorrente do fato de que na entrada de 1.900.820 quilos de cana-de-açúcar estava incluída as quantidades constantes das Notas Fiscais nºs 3221 e 3223, em razão de irregularidade na sua emissão, o que acarretou em dúplice contagem na referida entrada. Afirma que o processamento dessa entrada considerada em duplicidade, aplicando-se o mesmo índice empregado pelo autuante, resulta em 113.517 litros de álcool, o que justificaria a omissão de saída apurada no Auto de Infração.

Aduz que, mesmo diante da falha escritural, o CONSEF poderá lhe dispensar o mesmo tratamento que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF) deu ao assunto “evaporação”, quando julgou o Auto de Infração nº 298942.0015/01-9, lavrado contra a empresa pelo mesmo autuante. Diz que a 1ª CJF acatou o Parecer nº 141/2003 (fls. 613 a 621), onde o parecerista concluiu que a evaporação pode ser calculada com base no percentual máximo de 5% sobre o estoque inicial mais as entradas menos o estoque final. Frisa que, considerando uma evaporação de 5% sobre 22.804.962, resultaria em uma perda de 1.140.248 litros, o que transformaria a omissão de saída em omissão de entrada, sobre a qual não seria devido ICMS, conforme entendimento da 1ª CJF (fls. 623 a 630). Tece considerações sobre a perda decorrente da evaporação ocorrida no processo de fabricação de álcool, bem como explica que o percentual de 5% está previsto no parágrafo único do art. 4º do Decreto-Lei nº 56/66 (fls. 632 a 637).

Esclarece que caso o CONSEF opte por considerar a omissão de saída de 97.704 litros, será necessária a correção dos preços médios utilizados pelo autuante (R\$ 0,98 e R\$ 1,29). Diz que o critério utilizado pelo auditor está em desacordo com o previsto no art. 60, II, “a”, “1”, do RICMS-BA/97, bem como com o disposto no art. 5º, I, “a”, da Portaria nº 445/98. Também alega que o autuante não separou os preços do álcool anidro e do álcool hidratado. De acordo com o autuado, o preço unitário médio para o levantamento quantitativo de 2001 é de R\$ 0,5805, o que acarreta em uma base de cálculo de R\$ 56.717,17, que à alíquota de 25% gera o ICMS a recolher de R\$ 14.179,29. Como suporte ao seu argumento o autuado anexou às fls. 639 a 644, cópia de demonstrativo de sua autoria e de notas fiscais emitidas.

Exercício de 2002 - Afirma que o auditor fiscal não considerou a perda decorrente da evaporação, consignada no LPD da segunda quinzena de 2001 (fl. 645), no total de 97.999 litros de álcool. Diz que, ao considerar essa perda, a omissão de saída passa a ser de entrada, sobre a qual não há incidência do imposto, conforme já esclarecido anteriormente.

Infração 2 - Aduz que a mesma tem base de cálculo idêntica a da infração 1, de sorte que, para o exercício de 2001, acata uma das seguintes hipóteses:

- Caso o CONSEF considere a evaporação de 5% sobre o estoque inicial mais as entradas menos o estoque final, nada será devido.
- Na hipótese de o CONSEF considerar devido o imposto sobre a omissão de 97.704 litros, novos cálculos serão necessários, tendo em vista que o preço médio indicado no levantamento (R\$ 1,21) não reflete a realidade. Alega que se aplicar o preço médio de R\$ 0,5805, sobre a mesma MVA

utilizada pelo autuante, encontra-se o valor de R\$ 0,7167 e, em consequência, totaliza uma base de cálculo de R\$ 70.024,46. Aplicando-se a alíquota de 25% sobre essa base de cálculo, chega-se a um imposto no valor de R\$ 17.506,12, sobre o qual deduz-se o valor do imposto normal (infração 1), resulta num ICMS a recolher de R\$ 3.326,83, valor que diz acatar.

Relativamente ao exercício de 2002, o autuado diz que a exigência fiscal é improcedente, assim como é improcedente o valor referente ao exercício de 2001, uma vez que ambos parte da mesma base de cálculo.

Infração 3 - Ressalta que idêntica acusação já lhe havia sido feita no Auto de Infração nº 298942.0015/01-9, a qual foi julgada improcedente pelo CONSEF, nos termos do Acórdão CJF Nº 0620-11/03 (fls. 623 a 630), com base no qual requer o mesmo tratamento.

Alega que todas as vendas são realizadas com cláusula FOB, conforme notas fiscais acostadas às fls. 650 a 951, cabendo aos adquirentes a retirada e o transporte das mercadorias. Explica que recebe autorizações ou ordens para carregamento, onde estão especificadas as quantidades, o motorista e o veículo transportador. De posse desses dados e tendo em conta que as vendas são feitas à vista ou pagas antecipadamente, as operações são concluídas. Aduz que os dados indicados nas autorizações ou ordens para carregamento se repetem nas notas fiscais, conforme se pode ver às fls. 650 a 951. Diz que não pode ser responsabilizado se as mercadorias não são escrituradas no livro Registro de Entrada dos adquirentes.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado passa a rebater as operações efetuadas com cada um dos adquirentes relacionados na autuação, da seguinte forma:

a) No tocante às operações realizadas com a Global Petróleo S.A. e com a Serta Distribuidora de Petróleo Brasil Ltda, diz que já foram objeto de idêntica exigência na infração 8 do Auto de Infração nº 298942.0015/01-9 (fls. 646 a 648), a qual foi julgada improcedente pela 1ª CJF;

b) Com relação às operações realizadas com a Sanagro – Santana Agro Industrial Ltda., esclarece que a exigência não procede, pois a adquirente não é uma distribuidora e o produto é álcool hidratado utilizado para outros fins que não o combustível. Explica que a Sanagro é uma agroindústria, que deve utilizar o álcool hidratado para os diversos fins não combustíveis (industriais, laboratoriais, comerciais, caseiros, etc), razão pela qual utilizou a alíquota de 12%, já que o adquirente é uma empresa estabelecida no Estado de Sergipe;

c) Quanto às operações realizadas com a American Distribuidora de Combustíveis Ltda., aduz que está anexando ao processo (fls. 660 a 840) fotocópia de todas as notas fiscais relacionadas pelo autuante, bem como de todas as ordens de carregamento, onde estão detalhados os quantitativos, os nomes dos motoristas, as placas dos veículos e os números das notas fiscais correspondentes. Diz que além das notas fiscais anexadas ao processo, consta uma cópia de uma declaração assinada por D. Mariane Assunta Roskamp, gerente administrativa da American, onde está relacionada todas as notas fiscais que integram a presente ação fiscal, por meio da qual declara que recebeu as mercadorias e que os documentos fiscais estão devidamente escriturados nos livros fiscais. Destaca que a senhora Mariane Assunta Roskamp é quem assina as ordens de carregamento, com base em outorga que lhe foi conferida pela direção da empresa (fls. 663 e 664). Diz que considera provada a regularidade dos procedimentos adotados em relação às operações realizadas com a American e que qualquer dúvida deve ser esclarecida diretamente pela mesma.

d) Acerca das operações realizadas com a Betel Distribuidora de Petróleo Ltda., alega que também está anexando ao processo (fls. 842 a 952) fotocópia de todas as notas fiscais relacionadas pelo autuante, bem como de todas as ordens de carregamento, onde estão detalhados os quantitativos, os nomes dos motoristas, as placas dos veículos e os números das notas fiscais correspondentes. Aduz que as operações com a Betel ocorreram no período de 12/09/02 a 20/10/02 e, no dia da

primeira operação (12/09/02), ao consultar o SINTEGRA/ICMS, constatou que o contribuinte estava com a situação cadastral regular, conforme documento acostado à fl. 842. Frisa que por ter recebido os pedidos das mercadorias, bem como os pagamentos correspondentes (à vista ou adiantado), fez o que qualquer empresa faria: entregou as citadas mercadorias no pátio de sua unidade industrial.

Assevera que, além dos argumentos acima, coloca à disposição do fisco toda a documentação e os elementos necessários para, por meio de diligência, possibilitar o deslinde da questão.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte ou, caso seja adotado o percentual de perda de 5%, venha a ser julgado improcedente.

Na informação fiscal, fls. 955 e 956, o autuante, referindo-se às infrações 1 e 2, diz que o índice de 0,38% observado no exercício de 2002 e escriturado pelo próprio autuado, é aceitável e está na média da evaporação verificada em usinas de álcool idôneas. Alega que o Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA) foi extinto e, possivelmente, o Decreto-Lei também foi revogado, pois a Agência Nacional de Petróleo (ANP) não respondeu a Consulta nº 0252119-2004, a qual perguntava se o referido Decreto-Lei ainda estava em vigor. Diz que a legislação tributária estadual jamais admitiu qualquer índice de perda por evaporação, portanto, estabeleceu-se a média de 0,4%. Quanto ao preço médio, diz que o mesmo foi obtido de uma distribuidora de combustíveis que realiza operações de venda de álcool a varejo no município, conforme fls. 127 a 139, já que o preço praticado pelo autuado é o preço de venda para distribuidor.

Relativamente à infração 3, o auditor fiscal alega que a irregularidade imputada ao defendente foi detectada várias vezes no trânsito de mercadorias e, se o defendente não fosse o responsável, ele não teria efetuado o pagamento dos Autos de Infração.

Afirma que por ser a escrituração mecanizada, ao escriturar o livro fiscal, automaticamente é feito o lançamento correspondente no livro contábil. Aduz que os produtos vendidos a destinatários diversos também são pagos e, portanto, factíveis de constarem em extratos bancários. Alega que a decisão do CONSEF, ao determinar o afastamento da infração 8 do Auto de Infração 298942.0015/01-9, foi equivocada, já que contrariou a todos os documentos neles constantes e ao parecer da Procuradoria, causando prejuízos irreparáveis aos cofres públicos.

Diz que as operações efetuadas com distribuidoras que tem o serviço de transporte terceirizado são todas realizadas com cláusula CIF e o pagamento é feito após o recebimento das mercadorias. Afirma que os destinatários declararam o não recebimento das mercadorias, bem como houve operações destinadas a contribuintes em situação irregular, utilizando o benefício do diferimento e, portanto, ficando o remetente responsável pelo imposto devido.

Ao concluir, solicita a manutenção do Auto de Infração.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidido convertê-lo em diligência a ASTEC para que auditor fiscal a ser designado atendesse a solicitação de fls. 959/60.

Em cumprimento à diligência acima, a auditora incumbida de sua realização, mediante o relatório de fls. 965/966 dos autos assim concluiu:

Infrações 1 e 2

Exercício de 2001 - Diz que apurou ICMS normal sobre as saídas de álcool no valor de R\$14.179,29, enquanto o ICMS substituto importou em R\$5.987,24;

Exercício de 2002 - Aduz haver apurado uma omissão de saídas de álcool de 16.145 litros;

Infração 3 - Esclarece que excluiu os valores relativos as vendas efetuadas a Global Petróleo S/A e da Serta Distribuidora Ltda. do novo demonstrativo.

Com relação às demais empresas, disse que intimou o contribuinte para apresentar os documentos que comprovassem a efetiva entrada do dinheiro, tendo a empresa apresentado alguns recibos de depósitos que não vinculam de forma concreta que os mesmos sejam relativas as notas fiscais objeto da autuação.

De acordo com a diligente, os extratos bancários apresentados referem-se à outra empresa, que tem um contrato de mútuo com o autuado, em razão de haver adquirido uma massa falida com os credores trabalhistas, para evitar que os problemas decorrentes tivessem vinculação com o mesmo e que seria uma levandade de sua parte afirmar que os valores de depósitos são relativos aos cobrados no Auto de Infração.

Além do fato acima, diz que as empresas Betel Distribuidora de Petróleo e American Dist. de Combustíveis têm filiais no Estado do Rio de Janeiro, conforme demonstrativo às fls. 35 a 129 dos autos, o que ensejou a não considerar tais extratos bancários.

No tocante à empresa Sanagro – Santana Agro Indl. Ltda. aduz que nada foi provado, tal ocorrendo com relação ao impasse entre a veracidade da informação sobre a Betel, já que em consulta efetuada via INTERNET, a um Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado de S. Paulo, o mesmo afirmou que a referida empresa encontra-se ativa e habilitada, enquanto no SINTEGRA consta a sua não habilitação em recente pesquisa.

Em nova informação fiscal às fls. 1002/03, o autuante assim se manifestou:

Infrações 1 e 2 - Sobre a determinação do relator para que fosse considerado no levantamento o percentual de 5% de evaporação e que no cálculo do imposto deveria ser aplicada a MVA prevista na legislação para as distribuidoras, o que foi feito pela diligente, disse que tal índice foi com base em Decreto-Lei, o qual admitia tal percentual de perda para a cobrança da taxa a ser recolhida ao Instituto do Açúcar e do Alcool, que foi extinto pela Lei nº 8.029/90.

Ressalta que o ICMS é um imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal e que não compete a União ao impor cobrança de taxas, instituir limitações ao poder de tributar dos mesmos, portanto, o decreto acima citado não é admitido na legislação estadual, pelo que discorda do percentual de 5% aplicado, já que no exercício de 2002, a evaporação foi de aproximadamente 0,4%.

Com referência a base de cálculo, esclarece que a legislação federal não admite a venda direta do industrial para o varejista, cuja MVA a ser aplicada é sobre o valor praticado pelo distribuidor, enquanto o relator solicitou que fosse utilizada sobre o valor praticado pelo industrial, situação que criou uma nova forma de tributação, diferentemente da que foi aplicada na autuação no presente lançamento.

Infração 3 – Argumenta que, conforme demonstrado pela diligente, jamais foi provado a efetiva entrada do dinheiro na empresa, já que os lançamentos efetuados no livro contábil às fls. 998/1000, não foram lastreados em documentos concretos. Salienta, com base nas fls. 20/21 dos autos, que diversas operações foram identificadas pelo trânsito de mercadorias e caso ocorresse a venda da forma descrita pelo autuado, jamais haveria divergência de mercadoria e destino, oportunidade em que fez a seguinte indagação: caso houvesse sido realizado a operação, porque o destinatário prestaria declaração falsa ao Fisco, se responsabilizando penal e criminalmente?

Ao concluir, o autuante disse que o CONSEF em Auto de Infração anteriormente lavrado contra a empresa rejeitou os pareceres do primeiro julgamento e da Procuradoria, cabendo o restabelecimento da justiça, sob pena de ver os cofres públicos mais uma vez ser cerceado dos seus créditos devidos.

O autuado novamente interveio nos autos às fls. 1005/1007 aduzindo o seguinte:

Infrações 1 e 2 -Aduz que a diligente concordou com o que foi alegado em sua defesa e diz não querer discutir a pequena diferença de cálculo do ICMS substituição tributária por ela apurada no exercício de 2001 no valor de R\$5.987,24, enquanto a empresa apurou a importância de R\$3.326,83, pelo fato da mesma haver aplicado corretamente a alíquota de 27%. Ressalta, no entanto, que fez tal alegação, em virtude do julgador do PAF resolver optar pela sistemática de cálculo da evaporação adotada pela 1ª CJF.

Infração 3 - Após descrever as conclusões da diligente, o autuado disse que foi apresentado pela mesma um Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, onde fez constar um prazo reduzido de 48 horas para coleta e apresentação dos documentos solicitados, o qual não pode ser atendido, dado a exigüidade do tempo.

Destaca que a diligente não consignou que foram entregues pela empresa os documentos e livros contábeis, inclusive a relação de todas as notas fiscais com a correspondente indicação do nº do livro contábil e da respectiva folha de registro, os quais apresenta em anexo.

Sobre o Contrato de Mútuo celebrado com a empresa Santa Cruz Açúcar e Álcool, diz que foi por razões de natureza administrativa e operacional, sendo o mesmo um ato jurídico perfeito, pronto e acabado, por meio do qual delegou à mesma a atribuição pelo recebimento das suas vendas como forma legítima de suprimento ou entrega dos dinheiros previstos no referido instrumento.

Salienta, com base no contrato acima citado, que os recebimentos foram registrados nas contas bancárias da Santa Cruz Açúcar e Álcool, conforme cópias dos extratos anexos, onde consta a anotação dos respectivos números das notas fiscais arroladas na autuação, oportunidade em que juntou uma planilha contendo os seus números, valores, data do recebimento e a agência bancária.

Argumenta que do cotejamento entre o valor da nota fiscal e o efetivamente recebido há sempre uma diferença, a qual se explica da seguinte forma: a operação padrão realizada pela empresa consiste na contratação de uma venda de 30.000 litros de álcool, a qual é paga antecipadamente, sendo que na operação efetiva de venda nunca é naquela quantidade, cujas saídas são nas quantidades de 29.406, 29.868 e 29.707, etc., conforme consta no levantamento da diligente.

Quanto à alegação da diligente que “seria uma leviandade afirmar que os valores dos depósitos referem-se aos valores cobrados no AI”, aduz discordar, já que a mesma afirma peremptoriamente que os recebimentos relacionados nas planilhas correspondem sim aos pagamentos das notas fiscais levantadas no Auto de Infração. Por tal motivo, diz ser inconcebível tal alegação.

Ao concluir, requer a juntada do instrumento ao PAF.

O PAF mais uma vez foi submetido em pauta suplementar por proposta deste relator, tendo esta 4ª JJF decidido pela sua conversão em diligência a INFAZ-Teixeira de Freitas, para que a diligente atendesse o solicitado à fl. 1066.

Em cumprimento a diligência acima, a diligente, em relação à infração 3, disse que o autuado apresentou novos extratos bancários em nome da empresa Santa Cruz Açúcar e Álcool Ltda., como comprovação dos pagamentos das notas fiscais objeto da autuação, no entanto, tais valores transferidos ou depositados não demonstram de forma clara serem correspondentes às citadas notas. Como justificativa, esclareceu que os valores não batem com os totais mostrados, mesmo levando em consideração as diferenças com relação ao volume transportado.

VOTO

Após analisar as peças que instruem o presente PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infrações 1 e 2 - Reportam-se a falta de recolhimento do imposto, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, bem como da sua falta de retenção e do conseqüente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, respectivamente, cujas infrações foram apuradas mediante levantamento quantitativo e por espécie de mercadorias nos exercícios de 2001 e 2002.

Em sua defesa, o autuado questionou apenas a perda decorrente da evaporação no percentual de 5% e no tocante aos preços médios aplicados pelo autuante para exigir o imposto.

Quanto à perda decorrente da evaporação, entendo que, em tese, deve ser considerado como limite máximo o percentual de 5%, pois está respaldado em um Decreto-Lei que, até a presente data, não se conseguiu provar que o mesmo não mais estivesse em vigor, ao invés do percentual de 0,4% aplicado pelo autuante, pelo fato de não haver comprovado onde o mesmo foi obtido. Ademais, o percentual de 5% de perda por evaporação foi levado em consideração no cálculo das omissões no julgamento do Auto de Infração nº 298942.0015/01-9, lavrado anteriormente pelo autuante contra o autuado, cuja decisão foi mantida pela 1ª CJF por meio do Acórdão nº 0620-11/03.

Em relação aos preços médios utilizados nos levantamentos observei que o autuante não aplicou a metodologia prevista no art. 60, II, “a”, item 1, do RICMS-BA/97 em sua apuração, o que ensejou a conversão pelo então relator do PAF em diligência a INFAZ-Teixeira de Freitas, para que auditor fiscal a ser designado efetuasse as devidas correções, o que foi cumprido, conforme demonstrado pelo diligente à fl. 965.

Tendo em vista que o autuado ao se manifestar sobre a conclusão da diligente, disse acatar os valores do imposto remanescente por ela apontado, com a qual concordo, entendo não mais existir qualquer controvérsia em relação às infrações 1 e 2.

Com base na explanação acima, considero parcialmente caracterizadas as infrações 1 e 2 nos valores de R\$14.179,29 e R\$5.987,24, já que as diferenças nas quantidades de saídas se constituem em comprovação suficiente da realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de notas fiscais, de uso obrigatório para documentá-las, fato que implicou na falta de recolhimento do imposto normal e por substituição tributária.

Infração 3 - Diz respeito à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Com referência a autuação, relativamente ao imposto exigido sobre as operações, em que consta como destinatários às empresas Sanagro – Santana Agro Industrial Ltda., American Distribuidora de Combustíveis Ltda. e a Betel Distribuidora de Combustíveis Ltda., entendo oportuno, antes de dar o meu veredicto a respeito, prestar os seguintes esclarecimentos, os quais considero de extrema importância, para o deslinde da questão:

I - Em sua impugnação inicial ao lançamento, no tocante à empresa American, o autuado fez a juntada de cópias das notas fiscais emitidas e de ordens de carregamento, além de uma declaração firmada por sua procuradora, por meio da qual declarou o lançamento em sua escrita fiscal das referidas notas, como prova da realização das operações:

II - Quanto à empresa Betel, o autuado anexou também cópias das notas fiscais emitidas e de ordens de carregamento;

III – Com relação à empresa SANAGRO, disse que as vendas realizadas foram do produto álcool hidratado para outros fins e por ser a mesma uma agroindústria estabelecida no Estado de Sergipe, destacou o imposto sobre as operações utilizando a alíquota de 12%;

IV – Afirmou, ainda o autuado, que recebeu os pagamentos da vendas realizadas à vista ou de forma antecipada, cujas alegações não foram acatadas pelo autuante em sua informação fiscal, o que ensejou a conversão do PAF em diligência, para que fosse intimada a empresa para apresentar os comprovantes dos respectivos recebimentos;

V - Em cumprimento à diligência solicitada, a auditora fiscal designada, disse que os extratos bancários apresentados referem-se à outra empresa, que tem um contrato de mútuo com o autuado, em razão de haver adquirido uma massa falida com os credores trabalhistas, para evitar que os problemas decorrentes tivessem vinculação com o mesmo e que seria uma leviandade de sua parte afirmar que os valores de depósitos são relativos aos cobrados no Auto de Infração;

VI - Em sua última manifestação o autuado fez a juntada às fls. 1012 a 1018 e de 1023 a 1060 de algumas planilhas, onde relacionou os números do livro Diário e de suas páginas, as notas fiscais, o nome da distribuidora, as datas dos recebimentos e a conta bancária onde foi efetuado o depósito, além de diversos extratos bancários, para comprovar o recebimento das vendas realizadas para as citadas empresas;

VII - Sobre a manifestação acima, a diligente esclareceu que tais valores transferidos ou depositados não demonstram de forma clara serem correspondentes às citadas notas. Como justificativa, disse que os valores não batem com os totais mostrados, mesmo levando em consideração as diferenças com relação ao volume transportado.

Prestados os esclarecimentos acima, o meu posicionamento a respeito da infração é o seguinte:

a) Acerca dos valores do imposto cobrado sobre as notas fiscais tendo como destinatário as empresas Global Petróleo S/A e Serta Distribuidora, entendo que devem ser excluídos da autuação, haja vista já terem sido objeto de lançamento anterior;

b) Com referência ao imposto cobrado sobre as notas fiscais em que constam como destinatária a empresa American, as alegações defensivas não merecem a minha acolhida, conforme justificativa a seguir:

I - Trata-se de operações tendo como datas de emissão dos documentos fiscais o período de 12/06/01 a 10/07/01 e de 25/04/02 a 01/06/02, quando o destinatário dos produtos já se encontrava cancelado do Cadastro de Contribuintes do ICMS neste Estado desde 06/02/2001, situação que o impedia de realizar operações de comercialização, fato comprovado mediante consulta efetuada ao INC-Informações do Contribuinte da SEFAZ;

II – Quanto à declaração firmada pela procuradora da American anexada pela defesa, em que declara o lançamento em sua escrita fiscal das notas fiscais emitidas em seu nome pelo autuado, entendo insuficiente como prova das transações efetuadas, cuja prova concreta poderia ter sido feita com a anexação das cópias do livro Registro de Entradas, onde constasse o lançamento das notas fiscais;

III – Sobre os extratos bancários e recibos de depósito anexados, os mesmos não comprovam que se tratam de pagamentos das notas fiscais objeto da autuação, além do que são relativos à outra empresa;

c) No tocante ao imposto cobrado relativo às notas fiscais emitidas no período de 10/09/02 a 21/10/02, em que foram consignadas como destinatário a empresa Betel, também entendo que as alegações defensivas não elidem a autuação, conforme:

1. De acordo com o documento de fl.547 anexado pelo autuante para instruir a ação fiscal e subscrito pela empresa acima, foi declarado pela mesma que não adquiriu os produtos constantes das notas fiscais de emissão do autuado, fato que comprova a não realização das operações;

2. No tocante aos extratos bancários e recibos de depósito anexados, por se tratar de documentos em nome de outra empresa, os mesmos não podem ser aceitos como comprovação do recebimento das vendas que teriam sido realizadas pelo autuado, cuja prova efetiva seria com a anexação das cópias do livro Registro de Entradas, onde constasse o lançamento das notas fiscais objeto da autuação;

d) No que diz respeito às vendas tendo destinatário a empresa SANAGRO, também entendo que os documentos trazidos pela defesa não são suficientes para elidir a autuação, cuja prova concreta da realização das transações, seria as cópias do livro Registro de Entradas do adquirente, com os lançamentos das notas fiscais correspondentes;

e) Com relação ao Contrato de Mútuo juntado pela defesa, também não serve como instrumento de prova, já que nos termos do art. 123, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), 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. Além deste fato, o autuado em sua defesa alegou que as vendas realizadas foram mediante o pagamento à vista ou de forma antecipada, portanto, os recebimentos deveriam ter sido lançados em sua contabilidade diretamente.

Tendo em vista que o autuado não comprovou o efetivo recebimento das vendas realizadas, considero parcialmente caracterizada a infração, para exigir imposto no valor de R\$982.325,04, conforme demonstrativo à fl. 969.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$1.002.491,57.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298942.0005/04-8, lavrado contra **MEDEIROS NETO DESTILARIA DE ÁLCOOL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.002.491,57**, acrescido das multas de 60% sobre R\$988.312,28 e de 70% sobre R\$14.179,29, previstas no artigo 42, incisos II, “a”, “e” e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA