

PROCESSO - A. I. Nº 293259.0804/03-7
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0141-03/05
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 11/08/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0271-12/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NOTAS FISCAIS NÃO ESCRITURADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário sobre o valor determinado pela legislação. Infração comprovada. Rejeitado o pedido de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 3ª Junta de julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0141-03/05, que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao contribuinte o cometimento de infrações fiscais no valor de R\$15.997,28, acrescido das multas de 50% e 60%, além da multa no montante de R\$90,00, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios – R\$1.090,79;
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88 – R\$14.906,49;
3. Falta de apresentação do livro Registro de Inventário (exercícios de 2001 e 2002) – R\$90,00.

O recorrente apresentou defesa, suscitando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva para figurar como parte no PAF, tendo em vista que *“tece, o autuante, diversos comentários na tentativa de vincular a empresa autuado com terceiros que não fazem parte do seu quadro societário, não o consegue, trata-se de empresa mercantil que pode, e deve, relacionar-se com as demais, não se podendo, da forma como quer o Auditor, torná-la “empresa laranja.”*

No mérito, impugnou tão-somente a infração 2, alegando que a mera existência de notas fiscais oriundas de Postos Fiscais, sem o devido registro na escrita fiscal, indica apenas a possibilidade de existência de ilícito tributário, porém entende que cabe ao Fisco comprovar a entrada efetiva das mercadorias no estabelecimento constante como destinatário nos documentos fiscais, o que não foi feito no caso em análise. Transcreveu trechos doutrinários a respeito da matéria, discorrendo sobre a validade jurídica das presunções e concluiu que *“não foi, portanto, provado pelo Fisco, a situação fática que correspondesse ao fato gerador do tributo, visto que*

simplesmente decidiu-se tributar com base em presunção sem que, efetivamente, fosse comprovada a veracidade do fato conhecido". Ao final, *"caso este órgão julgador considere conveniente, requer seja designada diligência"*, a ser efetivada por estranho ao feito, pedindo a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Além disso, foi anexada uma peça defensiva apresentada pelos Srs. Adryana Guimarães Rondeli, Francisco Luiz Rondelli, Olga Rosana Gomes Martineli Rondelli, Carlos Roberto Guimarães Rondelli, Alécio Leandro Rondelli Júnior, Leila Cristina Campos Rondeli e Alexandre Wallace Rondeli, em que apresentados os seguintes argumentos:

1. que a responsabilidade de terceiros por infrações tributárias não pode ser atribuída a pessoas que não são sócias e nem detêm qualquer vínculo com a empresa autuada, sob pena de ferir preceitos magnos da Constituição Federal;
2. nenhum dos impugnantes integra a estrutura societária da empresa autuada e, portanto, não poderão responder pelo pagamento de tributos devidos pela pessoa jurídica, *"apenas porque o autuante os 'sorteou' para figurar na condição de responsável tributário"*, a qual decorre de lei e não do arbítrio da autoridade ou preposto fiscal;
3. o lançamento pode ser feito contra o contribuinte, o substituto tributário ou contra qualquer pessoa à qual a lei atribua a responsabilidade tributária (artigos 38 e 39, do RPAF/99), mas não pode ser feito contra pessoa não prevista na legislação;
4. o presente Auto de Infração foi lavrado contra a empresa Distribuidora São João Ltda. e não contra os defendentes e, sendo assim, não podem responder por tal crédito tributário, se sequer foram autuados, muito embora tenham sido notificados a responder por um débito que foi apurado e lançado exclusivamente contra a mencionada empresa;
5. a ilegalidade é flagrante, em face da manifesta ilegitimidade passiva dos defendentes, para sofrerem os efeitos de uma autuação, onde sequer figuram na relação processual que a originou;
6. os defendentes não são sócios da empresa autuada e a jurisprudência assente determina que somente os sócios é que são passíveis de serem responsabilizados, em caso de despersonalização da pessoa jurídica, conforme as decisões judiciais que transcreve;
7. a despersonalização da pessoa jurídica não pode ser feita pelo titular do direito de crédito, mas pelo Poder Judiciário e em processo destinado a tal finalidade, consoante as decisões judiciais que apresenta.

Por fim, requereu a exclusão dos defendentes do presente lançamento, por ser a imposição injusta, ilegal e abusiva.

O autuante, em sua informação fiscal, rebateu as preliminares de nulidade levantadas pelo autuado e pelos demais defendentes, aduzindo que eles *"são sócios da empresa Rondeli & Rondelli Ltda., sendo estes os diretamente responsáveis pela administração dos negócios da empresa, conforme os documentos anexados às fls. 118 e 119"*, os quais são instrumentos de procuração, tendo, como outorgante, o estabelecimento autuado e, como outorgados, os impugnantes do PAF. Asseverou que as pessoas físicas relacionadas no Auto de Infração são também responsáveis pela administração da empresa Rede Sul de Distribuição e Logística Ltda., inscrição estadual nº 57.807.454, como comprovam os seguintes documentos:

1. o Contrato de Prestação de Serviços de Cobrança Bancária firmado entre a Caixa Econômica Federal e a Rede Sul, a qual foi representada pela Sra. Adryana Guimarães Rondeli, e assinado pelo Sr. Francisco Luiz Rondelli (fls. 182 a 186);
2. o Instrumento Particular de Fiança, assinado pelos Srs. Francisco Luiz Rondelli e sua esposa Olga Rosana Gomes Martineli Rondelli (fls. 187 e 188);

3. o Instrumento de Procuração, tendo como outorgante a Rede Sul e outorgado, o Sr. Francisco Guimarães Rondelli (fl. 189);
4. o Instrumento de Procuração, tendo como outorgante a Rede Sul e outorgado, a Sra. Adryana Guimarães Rondeli (fl. 190).

Salientou que todos os documentos citados fazem parte da documentação apreendida por ordem judicial, Processo nº 296/03, bem como os documentos de fls. 115 a 119, e que está acostando, nessa oportunidade, cópia do Mandado de Busca e Apreensão expedido contra a Rede Sul de Distribuição e Logística Ltda. Afirmou que o vínculo existente entre as empresas Distribuidora São João Ltda. e Rede Sul com os sócios da empresa Rondeli & Rondelli é evidente, uma vez que os documentos e os arquivos eletrônicos acostados neste PAF foram apreendidos no estabelecimento da Rede Sul; as empresas são administradas pelas mesmas pessoas; o registro das operações de vendas é compartilhado em um único arquivo denominado CRADTLIQ.DBF, que fica no computador da Rede Sul; os documentos de todas as empresas são preenchidos pelos mesmos empregados. Indagou como se pode alegar que as pessoas citadas são terceiros que não possuem vínculo com os atos negociais do autuado. Quanto às alegações defensivas referentes à infração 2, aduziu que algumas das notas fiscais de entradas foram coletadas pelo sistema CFAMT e pelo SINTEGRA, outras foram fornecidas pelos remetentes das mercadorias e as demais foram apreendidas no próprio estabelecimento da empresa, conforme o Termo de Apreensão nº 111227 juntado aos autos. Alegou, ainda, que os emitentes dos documentos fiscais são todos fornecedores do contribuinte e que somente foram apresentadas “*argumentações vazias*” sem qualquer documento comprobatório. Por fim, argumentou que o pedido de diligência não se justifica, pois todos os elementos de prova foram acostados aos autos e pediu a procedência da autuação.

Tendo em vista que o autuante juntou novos elementos aos autos, no momento em que prestou a sua informação fiscal, o autuado foi intimado a se manifestar, mas quedou-se silente.

Considerando a controvérsia existente em relação ao sujeito passivo deste Auto de Infração, a Doutrina 3ª JF deliberou converter o PAF em diligência à PGE/PROFIS para que emitisse Parecer manifestando-se sobre quem é que deve figurar no pólo passivo da presente relação jurídico-tributária.

A PGE/PROFIS, com o intuito de esclarecer a questão diligenciou à Inspetoria de origem para que:

- a) fosse intimado o autuado a assinar a petição de fls 135 a 141;
- b) fosse juntado o contrato social da empresa autuado;
- c) fossem fornecidas, pelo autuante, provas de que os procuradores da empresa autuado, cujos mandatos se encontram anexados às fls. 118 e 119, “*exerceram atos de gestão da empresa, a exemplo de compras, vendas, pagamentos, emissão de cheques ... outros quaisquer provas que evidenciem o vínculo existente entre eles*”.

O autuante informou que este PAF faz parte do Processo nº 296/03 – Mandado de Busca e Apreensão, contra a empresa Rondeli & Rondeli Ltda. e outras que relaciona, e que, no presente Auto de Infração, “*constam provas das infrações tributárias cometidas pelo autuado, cópias dos Mandatos, e cópia do Contrato de Prestação de Serviço de Cobrança Bancária, firmado entre a REDE SUL (empresa integrante do GRUPO RONDELI) e a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL*” e “*quem representou a REDE SUL, praticando ato de gestão, foi o Sr. Francisco Luiz Rondeli e a Sra. Adryana Guimarães Rondeli*”. Prosseguiu dizendo que a empresa DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA., Inscrição nº 48.862.192 (matriz da empresa autuado) possui o mesmo contrato de prestação com a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, “*tendo sido lavrado auto 293259.0802/03-4, por utilização dos boletos bancários como documento fiscal*”. Finalizou afirmando que “*está sendo elaborado relatório para apresentação ao Ministério Público, englobando todos os Autos lavrados, que servirá de base para ação penal e de cobrança judicial*”.

O autuado foi cientificado da informação fiscal, porém não se pronunciou.

A PGE/PROFIS se manifestou, por meio da ilustre procuradora Dra. Sylvia Amoêdo, observando, inicialmente, que as procurações existentes nos autos somente se referem ao Sr. Francisco Luiz Rondelli e à Sra. Adryana Guimarães Rondelli, não havendo, portanto, prova de vínculo entre o autuado e as demais pessoas indicadas no corpo do Auto de Infração. Quanto às citadas procurações, aduziu que não há provas da *“prática efetiva de atos de comércio pelo outorgado, que constituam fatos geradores do imposto cobrado”*. Prosseguiu dizendo que este Auto de Infração exige o ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, obrigações tributárias de caráter objetivo, *“onde por via de consequência a responsabilidade tributária advinda de seu descumprimento é também objetiva a despeito do art. 136 do CTN, assim resta adstrita ao contribuinte, no caso a empresa autuada e como responsáveis tributários diretos pelo cumprimento ou não das obrigações tributárias, os seus sócios conforme contrato social anexado, no limite de suas atribuições e participação na empresa, em atendimento à hipótese legal prevista no art. 135 do CTN”*. Quanto aos demais casos de responsabilidade tributária dos apontados procuradores, entende que *“teriam caráter subjetivo e supletivo, onde o elemento pessoal da vontade do infrator e a prática de atos infracionais devem ficar sobejamente demonstrados e nesses casos o ônus da prova é do Fisco, que se constituem nos casos do art. 137 do CTN”*. A douta procuradora conclui que *“a ilustre julgadora deve conhecer das duas impugnações interpostas no presente processo a primeira delas, do autuado impugnando o lançamento que deve ser julgada à luz da legislação tributária e ao seu ilustre convencimento” e “a segunda interposta pelos indicados possíveis responsáveis tributários, deve ser provida para retirá-los do Auto de Infração por ilegitimidade passiva pelos fundamentos acima expendidos”*, e finalmente, que *“obviamente entendemos o zelo e o cuidado do autuante, porém não é no processo administrativo fiscal referente à constituição de crédito tributário que se irá apurar as irregularidades praticadas por este grupo de empresas, que sabemos pertencerem às mesmas pessoas indicadas no início do presente auto e constituí-los como responsáveis pelo pagamento do imposto, estaríamos expondo o procedimento a uma possível nulidade processual, porém, temos a tranqüilidade de saber que as devidas providências foram tomadas e as questões estão sendo resolvidas em processos próprios e adequados”*.

Através do Acórdão JfF nº 0141-03/05, a 3ª JfF julgou, em Decisão unânime, Procedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) o pedido de diligência deve ser rejeitado, posto que se encontram no processo todos os elementos formadores da convicção do juízo (art. 147, I, RPAF/99), sem prejuízo do fato de que o contribuinte não fundamentou a necessidade de realização da diligência no pedido formulado na sua peça defensiva, à luz do quanto insculpido no art. 145, do RPAF/99;
- b) há que se acolher o Parecer da PGE/PROFIS para conhecer a impugnação apresentada pela empresa autuada e declarar a sua legitimidade passiva no presente Auto de Infração, bem como para conhecer a segunda impugnação interposta, em razão do interesse em postular, e declarar a ilegitimidade, para figurar no pólo passivo da presente relação jurídico-tributária, dos Srs. Adryana Guimarães Rondeli, Francisco Luiz Rondelli, Olga Rosana Gomes Martineli Rondelli, Carlos Roberto Guimarães Rondelli, Alécio Leandro Rondelli Júnior, Leila Cristina Campos Rondeli e Alexandre Wallace Rondeli, por não ter ficado indubitavelmente comprovada a sua responsabilidade tributária;
- c) no âmbito méritório, por não terem sido contestadas, restaram mantidas as infrações 1 e 3, com fulcro no art. 140, do RPAF; quanto à infração 2, o sujeito passivo limitou-se a negar o cometimento das irregularidades apontadas, argumentando que caberia ao Fisco a prova de que os produtos efetivamente adentraram em seu estabelecimento, pois, a seu ver, o simples fato de constar como destinatário nos documentos fiscais não comprova o ingresso das mercadorias na empresa; ademais, este CONSEF tem reiteradamente decidido que as notas fiscais destinadas a determinado contribuinte são prova bastante da realização das

operações a elas referentes, não havendo necessidade de juntada de outras provas pela fiscalização e que, ao contrário, cabe ao destinatário das mercadorias demonstrar cabalmente que não realizou tais aquisições pelos meios de que dispunha, sem prejuízo do fato de que, examinando os documentos fiscais acostados às fls. 78 a 113, verifica-se que foram todos destinados ao autuado e trata-se de mercadorias pertinentes ao ramo de atividade do sujeito passivo, os quais, como não foram escriturados nos livros fiscais do autuado, caracterizam a irregularidade apontada;

Inconformado com a Decisão prolatada pela 3ª JF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, ratificando todos os termos de sua peça defensiva, contestando tão-somente a infração 2, em relação à qual volta a questionar que houve ilegítima e imotivada inversão do ônus da prova, não autorizada por lei, vez que caberia ao fisco demonstrar, *in casu*, a irregularidade praticada pelo recorrente, o que não restou caracterizado com a simples juntada das notas fiscais, nas quais foram indicado o recorrente como destinatário, vez que as mercadorias não ingressaram no seu estabelecimento, o que poderá ser demonstrado através de diligência, que volta a pleitear. Transcreve decisões judiciais, tendo por escopo demonstrar que caberia ao Fisco o ônus de provar o efetivo ingresso das mercadorias na empresa, o que não ocorreu no caso vertente.

Em seu Parecer, a representante da PGE/PROFIS entendeu que, consoante foi esclarecido na Decisão recorrida, o art. 140, do RPAF expressamente estabelece que “*o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas*”, e que, “*conforme se depreende dos argumentos expendidos quando da defesa administrativa, bem como das notas fiscais acostadas aos autos, verifica-se que, de fato, o recorrente não se desincumbiu da tarefa de infirmar os fatos discriminados na autuação fiscal*”. Isto se justifica, alega a eminente procuradora, pelo fato de que a existência de notas fiscais que consignam o recorrente como destinatário das mercadorias demonstra que houve a prática das operações tributáveis, cabendo a ele, mediante documentos hábeis, demonstrar que não realizou tais aquisições. Ao final, opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Cinge-se a *vexata quaestio* à apreciação das provas que fundamentaram o reconhecimento da prática da infração, consistente no não recolhimento do ICMS, quando da aquisição interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Razão alguma assiste ao recorrente. Senão, vejamos.

Como brilhantemente ressaltado na Decisão ora recorrida, limitou-se o sujeito passivo, em sede de defesa, a negar o cometimento das irregularidades apontadas, argumentando que caberia ao Fisco a prova de que os produtos efetivamente adentraram em seu estabelecimento, pois, a seu ver, o simples fato de constar como destinatário nos documentos fiscais não comprova o ingresso das mercadorias na empresa.

Nesse sentido, inclusive, preceitua o art. 140, do RPAF, que “*o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto de provas*”.

In casu, à luz dos argumentos acostados na defesa administrativa, bem como em face das notas fiscais jungidas aos autos, percebe-se, com clareza solar, que o recorrente não se desincumbiu do mister de infirmar os fatos aludidos na ação fiscal.

Cura reiterar, ademais, que foram carreadas aos autos notas fiscais que consignam o recorrente como destinatário das mercadorias, demonstrando que houve prática das operações tributáveis, cabendo a ele, mediante documentos hábeis, apresentar a contra-prova de que não realizou tais aquisições, o que não sói ocorrer no caso vertente.

Mas não é só. Esta corte de julgamento tem decidido, reiterada e unissonamente, que as notas fiscais destinadas a determinado contribuinte são prova bastante da realização das operações a elas referentes, não havendo necessidade de juntada de outras provas pela fiscalização e que, ao contrário, cabe ao destinatário das mercadorias demonstrar cabalmente que não realizou tais aquisições pelos meios de que disponha.

Destarte, por tudo quanto acima exposto, com espeque no Parecer emitido pela representante da PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo-se *in totum* a referida Decisão de Primeira Instância em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **293259.0804/03-7**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.997,28**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.090,79 e 60% sobre R\$14.906,49, previstas no art. 42, I, “a” e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$90,00**, prevista no artigo 42, XX, da citada Lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS