

PROCESSO - A. I. Nº 271351.1101/04-7
RECORRENTE - KARAMELLO COMERCIAL DE BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0323-03/05
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 28/12/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0480-12/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não foi comprovado o recolhimento do tributo por antecipação conforme previsto na legislação. Infração caracterizada, com base em farta prova documental, inclusive informações prestadas pelo fornecedor da mercadoria. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão de 1ª Instância, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração, lavrado em 11/11/2004, que contém a exigência de R\$38.716,95 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, nos meses de março, maio, junho e agosto de 2004. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de aquisições interestaduais de álcool etílico hidratado sem antecipação do ICMS, e o contribuinte “*não celebrou Termo de Acordo específico para usufruir da redução da base de cálculo prevista no parágrafo 10 do art. 87 do RICMS-BA; não deu entrada nas notas fiscais de compras do citado produto na sua contabilidade (doc. Anexo), nem tampouco emitiu as notas fiscais de saídas nos seus talonários*”.

O autuado apresentou impugnação (fls. 32 a 38), alegando que não é devedor dos valores apurados no presente Auto de Infração, considerando que, apesar de constar nos documentos fiscais o nome da empresa, inexistem em qualquer deles o nome dos sócios atestando que foi recebida a mercadoria, ressaltando que não tem empregados. Disse que o fisco tem flagrado, constantemente, sonegadores de impostos utilizando o nome de terceiros para adquirir mercadorias, e sendo uma microempresa, de diminuta capacidade econômica, situada na pequena cidade de Coaraci, não há qualquer documento que comprove que o álcool objeto da autuação adentrou no estabelecimento autuado. Requer a realização de diligência para comprovar os fatos alegados nas razões de defesa, apresentando o entendimento de que não pode ser responsabilizado por infração que não cometeu. Entende que a administração somente pode fazer o que a lei autoriza, e na hipótese de exigência de tributo, deve amoldar-se às hipóteses de incidência e ao fato gerador, dizendo que neste caso, inexistem. Citou entendimento do jurista Roque Antonio Carrazza sobre a presunção, ressaltando que, ainda que fosse obrigado a manter escrituração fiscal, seria necessário que o fisco provasse a efetiva entrada da mercadoria, como ocorre no caso de levantamento quantitativo de estoques, e argumentou que a legislação é clara ao definir as situações que configuram hipótese de presunção (art. 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS).

O defendente indagou se a existência de notas fiscais fornecidas por outras empresas seria prova inequívoca da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário, e nesta linha de raciocínio, tomando por base os ensinamentos de Carrazza, concluindo que a prova incontestada autoriza a presunção quando o fato conhecido for efetivamente provado, cabendo ao Estado produzir esta prova, haja vista que de outro modo, estar-se-ia exigindo do contribuinte a produção de prova negativa, e, portanto, comprometendo o princípio da segurança jurídica, numa

verdadeira inversão do ônus da prova. Disse que o CONSEF, em caso análogo, no Processo nº 037277702/98, Acórdão nº 1305/00, decidiu pela exclusão da exigência, e, trilhando no mesmo sentido, foi decidido também no Processo nº 115236.0002/98-0, Acórdão nº 1315/00, o que se infere que o CONSEF decidiu pela impossibilidade da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis quando da falta de registro no Registro de Entradas de notas fiscais, mesmo tendo sido comprovada a entrada das mercadorias. Por isso, o defendente entende que não se pode considerar essa exigência fiscal para uma microempresa. Por fim, pede a improcedência da autuação.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 44 dos autos, dizendo que o presente Auto de Infração foi lavrado com base nas Notas Fiscais, Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas, Autorizações de Carregamento e confirmações de Carregamento, fls. 12 a 27 do PAF. Disse que, para confirmar que o autuado faz aquisições de álcool etílico hidratado, sem a devida antecipação tributária do ICMS, acostou ao presente processo uma cópia do Auto de Infração de nº 931467-9, lavrado anteriormente, no dia 11/11/2004, e quando era levado o citado Auto de Infração para dar ciência ao contribuinte, constatou que na empresa, havia sido descarregado um caminhão tanque contendo 15.000 litros do mesmo produto, desacompanhados de documentação fiscal, conforme documentos às fls. 45 a 47. Requer a Procedência do presente Auto de Infração.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado apresentou nova manifestação (fls. 52 e 53), argumentando que, diferente do que entendeu o autuante, não é devedor do imposto exigido porque nos documentos fiscais objeto da autuação não existe o nome dos sócios da empresa atestando que as mercadorias foram recebidas, lembrando que a empresa não tem empregados. Assim, requer a Improcedência do presente lançamento.

O defendente acostou, também, impugnação ao Auto de Infração de nº 931467-9, citado pelo autuante na informação fiscal.. Nessa impugnação, o autuado alegou que o Auto de Infração foi recebido pelo Sr. Antonilto Andrade Calhau, genitor de um dos sócios da empresa, pessoa sem qualquer conhecimento do assunto, e que não tem legitimidade para representar a empresa, haja vista que não é nem empregado da empresa, e o mais grave, é que a mercadoria encontrada no momento da autuação não era álcool etílico hidratado, e sim, aguardente de cana-de-açúcar. Disse que a mercadoria estava acobertada por documento fiscal, com o imposto recolhido por antecipação em 03/11/2003, no Estado de Sergipe, consoante DAE no valor de R\$684,00, e NF nº 0003503, de 03/11/2004, emitida pela Destilaria Carvão Ltda. Assim, a mercadoria entrou no estabelecimento acompanhada de documento fiscal, e o Sr. Antonilto Andrade Calhau, não tinha, nem tem conhecimentos sobre transações comerciais e documentos fiscais. Pede a improcedência da autuação.

O autuante juntou ao presente processo a informação fiscal relativa ao AI nº 931467-9, dizendo que não procedem as alegações do contribuinte; o Sr. Antonilton Andrade Calhau é gerente da empresa e genitor do Sr. Alessandro Andrade Calhau, sócio da empresa. Disse que no momento da ação fiscal constatou que em um dos tanques havia 4.000 litros de aguardente de cana, e em outro, 15.000 litros de álcool etílico hidratado, e como o álcool estava desacobertado de nota fiscal, lavrou o Termo de Apreensão de nº 115862, e, posteriormente, o correspondente Auto de Infração.

Considerando a alegação defensiva de que nenhum dos sócios da empresa atestou o recebimento da mercadoria, e que, no campo dos documentos fiscais destinados à identificação e assinatura do recebedor consta o nome dos motoristas, também identificados nos Conhecimentos de Transporte e Ordens de Carregamento, esta JJF, converteu o presente processo em diligência ao autuante (fl. 65) para apurar junto ao contribuinte se há contrato de prestação de serviço com a transportadora ou qualquer documento autorizando o motorista receber mercadorias em nome da empresa.

Em atendimento ao solicitado, o autuante prestou nova informação fiscal (fls. 70 e 71), esclarecendo que:

- o autuado foi intimado em duas oportunidades a apresentar documentos e livros fiscais, mas não atendeu a nenhuma das intimações;

- o estabelecimento encontrava-se fechado, não operava há vários dias, o que resultou no preenchimento de FLC, datada de 05/05/2005, tendo como consequência o cancelamento da inscrição estadual em 02/06/2005, conforme Edital de nº 16/2005;
- todos os contatos foram mantidos com o contador do contribuinte, Sr. Fábio César Batista de Silva, identificado como procurador do autuado, conforme mandato à fl. 8, e também intimação à fl. 49;
- para cumprir a diligência solicitada, foi expedida intimação em 13/07/2005, para apresentação das informações necessárias e documentos, sendo recebida pelo contador, haja vista que a empresa não está funcionando;
- até 22/07/2005, repetindo o que aconteceu nas intimações anteriores, o contribuinte não se manifestou nem apresentou qualquer justificativa ou documento, caracterizando “indisposição” para comprovar as alegações defensivas ou prestar esclarecimentos.

Em relação às assinaturas dos motoristas transportadores nos canhotos das Notas Fiscais, o autuante informou:

- que é comum a contratação verbal de transportadores autônomos ou mesmo os motoristas de empresas transportadoras, e neste caso, não há um contrato formal, existindo ou não a anuência do destinatário, face à distancia entre o remetente e o destinatário;
- o frete, ao é pago pelo remetente, ora pelo destinatário, e se trata de procedimento que embora seja discutível, é adotado corriqueiramente, sendo reconhecido amplamente pelas partes. Assim, entende que em razão desses fatos, seria improvável constar assinatura dos sócios da empresa, até porque nunca são encontrados no estabelecimento.

Em 14/07/2005, o autuado protocolou nova manifestação, prestando os seguintes esclarecimentos, em relação aos questionamentos da diligência fiscal:

- jamais, em tempo algum, contratou motorista para transporte das mercadorias descritas nas notas fiscais, e que o frete é pago pelo remetente;
- os motoristas são sempre contratados pela empresa remetente;
- não houve qualquer contrato verbal ou por escrito de motorista;

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante, salientando que os esclarecimentos apresentados pelo autuado não contribuem para modificar o seu entendimento, e que a manifestação do autuado não contém a identificação do signatário, haja vista que consta apenas uma rubrica “*não identificável o que coloca em xeque, sua consistência, legitimidade e eficácia*”.

Após apreciação em pauta suplementar do dia 22/08/05, os membros desta 3ª JfF entenderam que o presente processo encontra-se em condições de ser instruído.

O órgão da instância originária de julgamento, ao decidir a presente lide fiscal, exarou o voto a seguir transcrito:

“Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide.

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS em decorrência de falta de recolhimento do imposto devido, por antecipação tributária, referente às aquisições de álcool etílico hidratado proveniente de outras unidades da Federação, nos meses de março, maio, junho e agosto de 2004, conforme demonstrativo à fl. 05.

O autuado alegou que é uma microempresa, de diminuta capacidade econômica, situada na pequena cidade de Coaraci, e não há qualquer documento que comprove que o álcool, objeto da autuação, adentrou no estabelecimento; indaga se a existência de notas fiscais fornecidas por outras empresas seria prova inequívoca da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário. Disse que não existe, nos documentos fiscais, o nome dos sócios da empresa atestando que as mercadorias foram recebidas, lembrando que a empresa não tem empregados.

Observo que o autuado alega desconhecimento dos documentos fiscais, e que não adquiriu os produtos neles consignados. Entretanto, não pode ser acatada a alegação defensiva, haja vista que este CONSEF tem decidido, reiteradamente, que as notas fiscais destinadas a determinado contribuinte constitui prova suficiente da realização das operações, cabendo ao destinatário comprovar, com os meios de que disponha, que não realizou tais operações, podendo inclusive, solicitar ao remetente das mercadorias cópia dos pedidos para comprovar que não efetuou as aquisições.

Nos documentos fiscais, objeto da autuação, fotocópias às fls. 13 a 26, estão consignados os dados do autuado, como a razão social, CNPJ e sua inscrição estadual, e se referem a mercadoria pertinente ao ramo de seu atividade. Portanto, o lançamento está embasado em demonstrativo elaborado pelo autuante, bem como em notas fiscais acostadas ao PAF, ressaltando-se que, embora o contribuinte tenha impugnado a autuação, não apresentou qualquer contestação aos cálculos efetuados.

Em relação ao fato de constar assinatura dos motoristas nos comprovantes de entrega das mercadorias, o autuado alegou que os fretes foram pagos pelos remetentes, e que por isso, não foi o responsável pela contratação dos motoristas. Entretanto, consta nos CTCs acostados aos autos, fls. 15 e 25, a indicação de “frete a pagar”, o que significa que o frete foi pago pelo destinatário das mercadorias, o que é divergente com a alegação do autuado.

Quanto ao Auto de Infração de nº 931467-9, citado pelo autuante na sua informação fiscal, não pode ser objeto de apreciação neste julgamento, haja vista que se for impugnado pelo contribuinte, será constituído outro PAF, considerando que, instaura-se o processo administrativo fiscal quando da apresentação de defesa pelo sujeito passivo, impugnando o lançamento efetuado mediante Auto de Infração, conforme art. 121, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

O contribuinte, inconformado com a Decisão da 1ª Instância de julgamento, ingressou com Recurso Voluntário, apresentando os mesmos argumentos expendidos na impugnação administrativa, que abaixo resumimos:

1. nega as aquisições das mercadorias consignadas nas notas fiscais que instruem o Auto de Infração, sob o argumento de que não consta em quaisquer deles o nome dos sócios atestando o recebimento do produto álcool hidratado;
2. que não possui capacidade econômica para movimentar os valores constantes dos documentos fiscais por ser uma microempresa da pequena cidade de Coaraci-Ba;
3. que a Junta de Julgamento Fiscal não realizou diligência para apurar o fato autuado;
4. que a autuação parte de presunção ou suposição não autorizada na lei, pois a existência de notas fiscais fornecidas por outras empresas não é prova inequívoca de que houve entrada de mercadorias no estabelecimento constante como destinatário;
5. que inexistente qualquer prova de pagamento das supostas aquisições nos registros contábeis do recorrente, a exemplo de pagamento de duplicatas emitidas contra o autuado, nem foi realizado exame no fluxo de caixa da empresa ou levantamento quantitativo de estoques, ou pedido de informações junto aos estabelecimentos de origem, revelando a fragilidade do conjunto probatório, ônus que seria do Fisco estadual, de acordo com o art. 331, I, do CPC.

Assim, mesmo estando provado que as mercadorias foram internalizadas no Estado da Bahia, com a retenção das 3^{as} e 4^{as} vias pelo fisco estadual, não há como se imputar o recorrente a infração descrita na peça acusatória. Reiterou o pedido de revisão fiscal, visando comprovar a inexistência da operação comercial supostamente realizada, sob pena de se caracterizar o cerceamento do direito de defesa do recorrente e pediu a reforma da Decisão de 1º grau, para se declarar a improcedência do Auto de Infração.

A Procuradoria Estadual ao exarar Parecer nos autos, manifestou opinativo pela Improvimento do Recurso Voluntário, pois o conjunto probatório acostado ao PAF revela à saciedade as infrações imputadas ao recorrente, principalmente os documentos de fls. 13 a 19, limitando-se o contribuinte ao uso da contestação administrativa genérica, especificadamente o não recebimento

das mercadorias por representante legal da empresa, não carreando à lide nada substancialmente forte a elidir as infrações materiais ora apreciadas.

VOTO

De plano, indefiro o pedido de diligência fiscal apresentado pelo recorrente, considerando que o procedimento fiscal se encontra devidamente instruído, com a juntada ao processo, pelo agente do fisco, das notas fiscais de aquisição das mercadorias cujas operações compõem o Auto de Infração, acompanhadas dos documentos relacionados à entrega dos produtos ao destinatário, em especial os Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas e as autorizações de carregamento da mercadoria firmada pela empresa transportadora, conforme documentos acostados às fls. 13 a 27 dos autos. Consta também, nestes documentos mencionados, uma intimação fiscal, de lavra de prepostos da Secretaria da Fazenda, intimando o remetente dos produtos, com fundamento no Convênio ICMS 03/99, para a entrega das notas fiscais e formas de pagamento pertinentes às remessas de produtos para destinatários localizados no Estado da Bahia. A informação solicitada foi prestada pela empresa remetente, localizada no Estado de Minas Gerais, através do documento firmado pelo encarregado do setor contábil, acostado a fl. 12 do presente PAF, havendo declaração expressa que as mercadorias foram vendidas para a empresa autuada, ora recorrente.

A instrução probatória que fundamenta o Auto de Infração não deixa margens de dúvida quanto à destinação do álcool, mercadoria objeto da presente autuação. O procedimento levado a efeito pelos prepostos da Secretaria da fazenda, de obter junto à empresa fornecedora as informações das vendas realizadas ao estabelecimento do autuado, são provas inequívocas do cometimento da infração descrita na peça acusatória, pois o contribuinte, de fato, deixou de declarar as aquisições dos produtos consignados nas notas fiscais coletadas pela fiscalização e ao mesmo tempo não procedeu ao pagamento do ICMS devido. Outra prova que robustece a acusação fiscal diz respeito a efetiva apuração pelo fisco, com a retenção das 3^{as} e 4^{as} vias dos documentos fiscais, da real entrada das mercadorias no território do Estado da Bahia. A negativa do recorrente de cometimento da infração não encontra respaldo no lastro probatório que compõe o presente processo administrativo, cingindo-se a defesa à contestação genérica, focado no não recebimento das mercadorias por representante legal da empresa, inexistindo na peça recursal elementos de prova robustos que possam elidir as acusações que foram imputadas à recorrente.

Assim, ante o exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, acompanhando o opinativo da Douta Procuradoria Estadual, para manter inalterada a Decisão de 1^a grau, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 271351.1101/04-7, lavrado contra **KARAMELO COMERCIAL DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.716,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS – REPR. DA PGE/PROFIS