

A. I. N° - 293259.0804/03-7
AUTUADO - DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 04/05/2005

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0141-03/05

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração não impugnada. 2. 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. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração não impugnada. Não acatado o pedido de diligência. Excluídas, desta relação jurídico-tributária, as pessoas indicadas no corpo do Auto de Infração por não ter ficado provada a sua responsabilidade legal. Rejeitado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 30/09/03, para exigir o ICMS 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 de:

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.

Consta, ainda, no Auto de Infração a informação de que a “parte dos documentos encontrados na REDE SUL DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA., pertencentes a DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA., estão mencionados a seguir, como elementos de prova da vinculação desta empresa ao GRUPO RONDELLI: (...)” e “diante do exposto o auto será lavrado em nome da empresa DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA., porém terá como responsável direto pelo pagamento do

crédito tributário as seguintes pessoas: Adryana Guimarães Rondeli, Francisco Luiz Rondelli, Olga Rosana Gomes Martineli Rondelli, Carlos Roberto Guimarães Rondelli, Alécio Leandro Rondelli Júnior, Leila Cristina Campos Rondeli, Alexandre Wallace Rondeli”.

O autuado apresentou defesa (fls. 135 a 141), preliminarmente suscitando a ilegitimidade passiva para figurar como parte no PAF, tendo em vista que “tece, o autuante, diversos comentários na tentativa de vincular a empresa autuada 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, impugna 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.

Apresenta o pensamento da doutrina a respeito, discorre sobre a validade jurídica das presunções e conclui 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”.

Por fim, “caso este órgão julgador considere conveniente, requer seja designada diligência”, a ser efetivada por estranho ao feito, e pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Às fls. 144 a 150, 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, alegando o seguinte:

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.

Finalmente, é requerida a exclusão dos defendentes do presente lançamento, por ser, a imposição, injusta, ilegal e abusiva.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 160 a 163), rebate 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.

Prossegue dizendo 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).

Salienta 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.

Afirma 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 (fls. 191 a 206). Indaga 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, aduz 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 (fls. 78 a 113), conforme o Termo de Apreensão nº 111227 juntado à fl. 117.

Alega que os emitentes dos documentos fiscais são todos fornecedores do contribuinte e que somente foram apresentadas “argumentações vazias” sem qualquer documento comprobatório.

Por fim, diz que o pedido de diligência não se justifica, pois todos os elementos de prova foram acostados aos autos e pede a procedência da autuação.

Tendo em vista que o autuante juntou novos elementos aos autos, no momento em que prestou a sua informação fiscal (fls. 164 a 206), o autuado foi intimado, por meio do contador Sr. Rogério Teodoro dos Santos (fl. 208), a se manifestar, mas preferiu não fazê-lo.

Considerando a controvérsia existente em relação ao sujeito passivo deste Auto de Infração, esta 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 (fls. 210 a 212).

A PGE/PROFIS, com o intuito de esclarecer a questão diligenciou à Inspetoria de origem para que (fl. 214-verso): a) fosse intimado o autuado a assinar a petição de fls 135 a 141; b) fosse juntado o contrato social da empresa autuada; c) fossem fornecidas, pelo autuante, provas de que os procuradores da empresa autuada, 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, à fl. 216, 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 pela autuada, 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”.

Prossegue dizendo que a empresa DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA., inscrição 48.862.192 (matriz da empresa autuada) 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”.

Finaliza 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 (fl. 217), porém não se pronunciou.

A PGE/PROFIS se manifestou (fls. 221 e 222), por meio da ilustre procuradora Dra. Sylvia Amoedo, 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, aduz que não há provas da “prática efetiva de atos de comércio pelo outorgado, que constituam fatos geradores do imposto cobrado”.

Prossegue 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, da autuada 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”.

Conclui afirmando 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 tranquilidade de saber que as devidas providências foram tomadas e as questões estão sendo resolvidas em processos próprios e adequados”.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência, a fiscal estranho ao feito, como formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

Há uma questão que deve ser apreciada antes do exame das preliminares de nulidade apresentadas:

Consta, ainda, no Auto de Infração a informação de que a “parte dos documentos encontrados na REDE SUL DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA., pertencentes a DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA., estão mencionados a seguir, como elementos de prova da vinculação desta empresa ao GRUPO RONDELLI: (...)” e “diante do exposto o auto será lavrado em nome da empresa DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA., porém terá como responsável direto pelo pagamento do crédito tributário as seguintes pessoas: Adryana Guimarães Rondeli, Francisco Luiz Rondelli, Olga Rosana Gomes Martineli Rondelli, Carlos Roberto Guimarães Rondelli, Alécio Leandro Rondelli Júnior, Leila Cristina Campos Rondeli, Alexandre Wallace Rondeli”.

O autuado (a empresa Distribuidora São João Ltda.) afirmou que o preposto fiscal nomeou, como responsáveis pelo crédito tributário, sete pessoas que não integram o quadro societário da empresa, não havendo fundamentação legal para tal imputação.

Por outro lado, as pessoas, nomeadas neste lançamento como responsáveis diretos pelo pagamento do débito, apresentaram impugnação (fls. 144 a 150) requerendo a sua exclusão da presente relação jurídico-tributária, sob o argumento de que não são sócias, não possuem nenhum vínculo com a empresa autuada e, portanto, não poderão responder pelo pagamento de tributos devidos pela pessoa jurídica.

Entendo que, no âmbito do processo administrativo fiscal, não há como responsabilizar pessoas estranhas ao quadro societário do contribuinte autuado, ainda que haja provas da vinculação entre elas, porque, segundo a legislação tributária, a empresa é a entidade responsável pelo pagamento do tributo estadual, e dos acréscimos legais devidos, em razão de suas atividades comerciais. A meu ver, somente no âmbito do Poder Judiciário, quando a dívida for executada pela PGE/PROFIS, é que aquele órgão jurídico, caso seja necessário, pode envidar esforços no sentido de atingir os responsáveis pela gerência da sociedade comercial, nos limites determinados legalmente. De qualquer maneira, cabe à PGE/PROFIS, no momento oportuno, e não a este órgão julgador, verificar a possibilidade de se atribuir a responsabilidade pelo pagamento do débito exigido às pessoas acima elencadas.

A PGE/PROFIS reforçou esse entendimento no parecer anexado às fls. 221 e 222, ao afirmar que 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”.

Dessa forma, acolho o parecer da PGE/PROFIS para:

1. conhecer a impugnação apresentada pela empresa autuada e declarar a sua legitimidade passiva no presente Auto de Infração;
2. 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.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para cobrar ICMS e multa em razão de três infrações.

A infração 1 refere-se à exigência do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios e, na infração 3, exige-se multa, por descumprimento de obrigação acessória, pelo fato de o contribuinte ter deixado de apresentar, à fiscalização, o livro Registro de Inventário referente aos exercícios de 2001 e 2002. O sujeito passivo não impugnou as infrações, acatando tacitamente o débito apontado, consoante o disposto no artigo 140, do RPAF/99: “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”. Dessa forma, mantenho o débito apontado em ambas as infrações.

Na infração 2 está sendo cobrado o imposto, por antecipação, tendo em vista que o contribuinte também deixou de lançar, em seus livros, diversos documentos fiscais de entradas de mercadorias enquadradas na substituição tributária, tudo conforme os documentos anexados às fls. 78 a 113.

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.

Não obstante isso, 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 disponha.

Além disso, examinando os documentos fiscais acostados às fls. 78 a 113, verifico que foram todos destinados ao autuado e trata-se de mercadorias pertinentes ao ramo de atividade do sujeito passivo. Como não foram escriturados nos livros fiscais do autuado, considero caracterizada a irregularidade apontada.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 293259.0804/03-7**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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 abril de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR