

A. I. Nº - 271351.1101/04-7
AUTUADO - KARAMELLO COMERCIAL DE BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - LAUDIONOR BRASIL PEDRAL SAMPAIO
ORIGEM - INFAS ITABUNA
INTERNET - 23/09/05

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 323-03/05

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. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 11/11/2004, refere-se à 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, inexiste 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, inexiste. 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 incontestável 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 1305/00, decidiu pela exclusão da exigência, e, trilhando no mesmo sentido, foi decidido também no processo nº 115236.0002/98-0, Acórdão 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 defendantte 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 defendantte 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-acúcar. 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 diligencia 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. 08, e também intimação à fl. 49;
- para cumprir a diligencia 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 distância 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 3^a JJF entenderam que o presente processo encontra-se em condições de ser instruído.

VOTO

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, photocópias 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 CTRCs 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 271351.1101/04-7, lavrado contra

KARAMELLO COMERCIAL DE BEBIDAS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.716,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA AGUIAR - JULGADORA