

PROCESSO - A. I. Nº 206915.0004/05-0
RECORRENTE - PADARIA, PASTELARIA E MERCEARIA ESPERANÇA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão JJF 0375-03/06
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 15/06/2007

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0168-11/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. Modificada a Decisão recorrida. Não há nos autos elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Recurso Voluntário de enfrentamento à Decisão relativa ao Auto de Infração, lavrado em 15/03/2005, no qual se exige R\$28.372,47 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatada a 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 do RICMS/BA. Consta, ainda, que o contribuinte não recolheu o ICMS devido por antecipação nas aquisições interestaduais de açúcar e farinha de trigo, no período de abril de 2000 a dezembro de 2002.

A alegação do autuado em impugnação inicial (fls. 96 a 98) deu-se em torno de que as compras relativas ao açúcar não foram autorizadas pela empresa e que delas só tomou conhecimento quando da ação fiscal; e que a partir das cópias cedidas pelo autuante, contatou o fornecedor para identificação do responsável pelos pedidos, tendo apurado tratar-se do sócio cotista Vital Representações e Comércio Ltda, CNPJ 13.082.631/0002-20, Inscrição Estadual nº 27.059.807-3, estabelecido em Aracaju-SE. De posse dessa documentação, registrou queixa na Delegacia Regional de Polícia de Itapicuru, Bahia, conforme certidão anexa aos autos.

A ilustre 3ª JJF converteu o presente processo em diligência à INFAZ de origem, à vista das fotocópias autenticadas apenas ao PAF, para o autuante verificar se Vital Representações e Comércio Ltda, CNPJ 13.082.631/0002-20, Inscrição Estadual nº 27.059.807-3, estabelecido em Aracaju-SE, ou o Sr. Domingos Vital Santos, era sócio-cotista do autuado na época da ocorrência dos fatos ensejadores, anexando aos autos cópia do contrato social comprovando essa condição.

Cumprida a diligência, retornaram os autos com a informação do autuante à fl. 267 de que a firma Vital Representações e Comércio Ltda. e/ou o Sr. Domingos Vital Santos não eram sócios cotistas do autuado inexistindo, nos documentos sociais, informação ou comprovação qualquer a esse respeito, restando portanto não procedente a alegação do autuado, de que a Usina São José do Pinheiro, depois de procurada pelo Sr. Jairo Veloso Batista, sócio do autuado, teria revelado que Vital Representações fora a firma responsável pelos pedidos das mercadorias.

Os ilustres julgadores verificaram, pelas fotocópias das notas fiscais apenas e das respectivas ordens de entrega apresentadas na impugnação, que essas mercadorias destinaram-se ao autuado, haja vista a correção dos dados tais como, razão social, CNPJ e inscrição estadual, pois, de balde afirmações defensivas, não havia nos autos confirmação de qualquer vínculo que ligasse a empresa Vital Representações e Comércio Ltda. ao autuado.

Aduzem os ilustres julgadores que a responsabilidade tributária no processo administrativo fiscal não alcança pessoas estranhas ao quadro societário do contribuinte autuado, sendo a empresa destinatária responsável pelo pagamento do tributo e dos acréscimos legais. Somente no âmbito

do Poder Judiciário poderia ser atribuída a responsabilidade à empresa Vital Representações e seu sócio cotista pelo recolhimento do débito exigido no presente lançamento.

Realçam com respeito à farinha de trigo, existir razão ao autuado em sua alegação de que a responsabilidade pela retenção e pagamento do imposto é do estabelecimento remetente, considerando que o produto é oriundo do Estado de Sergipe, signatário do Protocolo 46/00, pois o art. 506-B, do RICMS/97 estabelece:

Art. 506-B. Tratando-se de operações de aquisição de trigo em grão, farinha de trigo e de mistura de farinha de trigo oriundos de unidade federada signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, caberá ao contribuinte remetente a retenção e pagamento do imposto relativo:

I - às operações internas subseqüentes a serem realizadas neste Estado com as mercadorias supramencionadas;

II - às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com produtos elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo objeto da antecipação tributária de que cuida o inciso anterior.

Mencionam que, de acordo a Instrução Normativa nº 23/05, nos casos de remessas interestaduais promovidas por não-moageiros estabelecidos em unidade federada signatária do Protocolo ICMS 46/00, o pagamento do ICMS por substituição tributária será feito mediante GNRE. E que, em decorrência, nas aquisições de outra unidade da Federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente e não sendo possível, por qualquer motivo, a cobrança do sujeito passivo por substituição, poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário. Este procedimento só terá lugar depois de esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deverá ser declarada ou demonstrada formalmente (RICMS/97, art. 125, § 1º).

Desta forma, dada a atividade desenvolvida pelo autuado de comércio e indústria de pães e doces, deveriam ter sido aplicados os dispositivos acima citados.

Como não foi observado o devido processo legal, implica em declarar nula a exigência fiscal em relação aos valores correspondentes à farinha de trigo, pelo que deve ser excluído o imposto respectivo do presente lançamento, ficando reduzido para R\$24.239,21 o valor originalmente exigido, de conformidade ao quadro abaixo;

E julgam pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário à Decisão apresenta as mesmas alegações trazidas na irresignação inicial do contribuinte com respeito à negativa de não ter citado em nenhum momento o termo Sócio.

Pois que, continua o recorrente, o gerente administrativo e procurador da Usina São José do Pinheiro, sita em Laranjeiras-SE, informou nos autos que a empresa Vital Representações e Comercio Ltda é a sócia-cotista da referida usina, e que este representante comercial detém o direito de comercializar determinada cota de açúcar da usina, de tal forma que o açúcar só poderá dar saída da usina sob expressa autorização do referido cotista, em cujas autorizações constam elementos que dão origem às notas fiscais de vendas, cabendo a este cotista a integral responsabilidade pela negociação.

Alega o recorrente que em nenhuma das ordens de entrega emitidas por esse cotista consta o nome ou indicação de qualquer pessoa ligada ou associada ao seu estabelecimento.

Aduz não ter o poder de polícia para investigar o destino das mercadorias, e que, entretanto, apresentou documentos comprobatórios indicando os responsáveis pelo golpe praticado. Diz que é uma pequena sociedade varejista, sem Recursos para honrar os pagamentos das notas fiscais

emitidas contra o seu estabelecimento, as quais, conforme informações da Usina São José do Pinheiro, foram todas quitadas.

Finalizando, o recorrente alega que as Secretarias da Fazenda da Bahia e de Sergipe têm a capacidade e o poder para fiscalizar as origens desses Recursos e assim chegar aos responsáveis pelo golpe praticado. Solicita a apreciação do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS, em Parecer elaborado pela ilustre procuradora Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, preliminarmente relata que a legislação tributária estadual prevê o pagamento antecipado do imposto, por substituição, pelo adquirente de mercadorias vindas de outros Estados da Federação.

Aponta a ilustre procuradora para as fotocópias das notas fiscais carreadas aos autos, as quais robustecem a acusação fiscal e estão isentas de provas quanto às suas inidoneidades. Observa serem as mesmas hábeis à comprovação e apuração do cometimento da infração, não restando responsabilizar pessoas jurídicas estranhas ao feito, pois que o destinatário perfeitamente identificado no Auto de Infração em comento é o responsável pelo pagamento do tributo e dos encargos legais.

Adiciona, ainda, observação da destinação clara e precisa dos dados do autuado no preenchimento do documentário fiscal, com completa correção quanto à razão social, endereço, CNPJ e Inscrição Estadual.

Observa novamente a ilustre procuradora que nenhuma nova prova foi apensada aos autos que viesse em auxílio ao quanto postulado pelo autuado, limitando-se o mesmo a reprisar argumentos já vistos.

Diz competir ao mesmo a proposição de ação judicial cabível, com provas substanciais do quanto alegado, visando ao ressarcimento do imposto ora exigido.

Opina pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

A infração relativa ao produto farinha de trigo foi afastada pela ilustre 3ª JJF em virtude de assistir razão ao autuado, pois a responsabilidade pela retenção e pagamento do imposto é do estabelecimento remetente, considerando que o produto é oriundo do Estado de Sergipe, signatário do Protocolo ICMS 46/00, de conformidade com o art. 506-B, do RICMS/97.

Conforme a Instrução Normativa nº 23/05, em remessas interestaduais promovidas por não-moageiros estabelecidos em unidade federada signatária do Protocolo ICMS 46/00, o pagamento do ICMS por substituição tributária será feito mediante GNRE. Na substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente e não sendo possível, por qualquer motivo, a cobrança do sujeito passivo por substituição, poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, porém somente depois de esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deverá ser declarada ou demonstrada formalmente, de acordo com a legislação (RICMS/97, art. 125, § 1º).

Assim, concordo com a Decisão pela nulidade de uma parte do lançamento fiscal, nos moldes em que foi feito pela Junta de Julgamento Fiscal, pelo fato de ter ficado configurado que o autuado não é o sujeito passivo da relação tributária em relação às operações interestaduais com a farinha de trigo.

A outra parte do lançamento de ofício, relativa ao produto açúcar, foi objeto de Recurso Voluntário no qual o recorrente repete as mesmas afirmações vistas na defesa inicial, ou seja, de que as mercadorias saídas da Usina São José do Pinheiro S/A não lhe foram entregues e nem mesmo fizeram parte de seus pedidos de compras.

Alegou o recorrente, desde a impugnação inicial, que as compras do açúcar não foram autorizadas por ele, só as conhecendo quando da ação fiscal; e que a partir das cópias cedidas pelo autuante, contatou o fornecedor para identificação do responsável pelos pedidos, tendo apurado tratar-se do sócio cotista Vital Representações e Comércio Ltda, CNPJ 13.082.631/0002-20, Inscrição Estadual nº 27.059.807-3, estabelecido em Aracaju-SE. De posse dessa documentação, o autuado disse que registrou queixa na Delegacia Regional de Polícia de Itapicuru, Bahia, conforme certidão anexa aos autos.

Aponta que a empresa Vital Representações e Comércio Ltda., não é seu sócio, mas sim cotista da Usina São José, como foi afiançado pelo gerente e procurador, e isso foi entendido de forma equivocada pelo autuante na diligência realizada.

Efetivamente, verifico, pelas peças acostadas ao PAF, que as notas fiscais foram coletadas possivelmente na empresa fornecedora, embora sem a prova nos autos de que tenha havido uma ação fiscal oficial naquela empresa. Ademais, também não ficou demonstrada a circulação das mercadorias pelo território baiano por meio da coleta dos documentos fiscais no CFAMT. Pelas razões acima, entendo que não restou demonstrado que o recorrente é o sujeito passivo da obrigação tributária e, dessa forma, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para decretar a Nulidade do Auto de Infração em comento, dada a insegurança com relação ao item açúcar.

Entretanto, represento à autoridade competente, nos termos do artigo 156, do RPAF/99, para que promova a realização de nova ação fiscal, trazendo aos autos as provas relativas à circulação das mercadorias no Estado da Bahia.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 206915.0004/05-0, lavrado contra **PADARIA, PASTELARIA E MERCEARIA ESPERANÇA LTDA.**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2007.

DENISE BARBOSA DE ANDRADE - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR –RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTI – REPR. DA PGE/PROFIS